



المعنى

أوسع ما ظهر في الفقه الإسلامي مع الترجيح بين الأقوال بالدليل

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد المحرق

بتصحيح الدكتور

محجّر خليل هرايهر

المدرس بكلية أصول الدين

كتاب الشرك

الشركة : هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف ، وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وإن كثيراً من الخططاء ليبغى بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات : وقليل ما هم) والخططاء : هم الشركاء ، ومن السنة : ما روى ، أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين ، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه ، وما كان نسيئة فردوه ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : يقول الله : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه . فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما ، رواه أبو داود ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا ، وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة : وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها إن شاء الله تعالى .

والشركة على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عقود . وهذا الباب لشركة العقود ، وهي أنواع خمسة : شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة . ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع .

(فصل) قال أحمد : يشارك اليهودي والنصراني ، ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ، ويكون هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا ، وبهذا قال الحسن والثوري ، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لأنه روى عن عبد الله بن عباس أنه قال : أكره أن يشارك المسلم اليهودي ، ولا يعرف له مخالف في الصحابة ، ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملاتهم .

ولنا ما روى الحلال بإسناده عن عطاء قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن مشاركة اليهودي والنصراني ، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ، ولأن
 العلة في كراهة ما خلوا به : معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير ، وهذا منتف فيما
 حضره المسلم أو وليه ، وقول ابن عباس محمول على هذا فإنه علل بكونهم يربون ،
 كذلك رواه الأثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال : لا تشارك يهوديا ولا
 نصرانيا ولا مجوسيا لأنهم يربون ، وأن الربا لا يحل ، وهو قول واحد من
 الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتجون به ، وقولهم : إن أموالهم غير طيبة
 لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ، ورهن درعه عند يهودي على شعير
 أخذه لأهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة ، وأضافه يهودي بخبز
 وإهالة سنيخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من
 الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لا اعتقادهم حله ، ولهذا قال عمر
 ابن الخطاب رضي الله عنه : ولهم بيعها وخدوا أثمانها ، فأما ما يشتريه أو يبيعه
 من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسداً وعليه الضمان لأن عقد الوكيل
 يقع للوكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشبه ما لو اشترى به ميتة
 أو عامل بالربا وما خفي أمره فلم يعلم ، فالأصل إباحته وحله ، فأما المجوسي :
 فإن أحمد كره مشاركته ومعاملته ، قال ما أحب مخالطته ومعاملته لأنه يستحل
 ما لا يستحل هذا ، قال حنبل قال عبيد الله بن ربيعة لا تشارك ولا تضارب وهذا والله أعلم
 على سبيل الاستحباب أترك معاملته والكراهة لمشاركته ، وإن فعل صح لأن
 تصرفه صحيح .

« مسألة ، قال (وشركة الابدان جائزة) »

معنى شركة الابدان : أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم ،
 كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم ، فما رزق الله تعالى فهو بينهم فإن
 اشتركوا فيما يكتسبون من المباح ، كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال
 والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ،
 فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال ، مثل الصيادين والنقالين
 والحمالين ، قد أشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود ، فجاء

٥
سعد بأسيرين ، ولم يجئنا بشيء . وفسر أحمد صفة الشركة في الغنيمة ، فقال .
يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغانمين ، وبهذا
قال مالك ، وقال أبو حنيفة : يصح في الصناعة ، ولا يصح في اكتساب المباح ،
كالاحتشاش والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه
الاشياء لان من أخذها ملكها : وقال الشافعي : شركة الابدان كلها فاسدة ، لانها
شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات .

ولنا ما روى أبو داود والاثرم بالسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله عن
عبد الله قال : اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر ، فلم أجد أنا وعمار بشيء .
وجاء سعد بأسيرين ، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد
أقرم عليه ، وقال أحمد : أشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم .

فان قيل : فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى ، فكيف يصح اختصاص
هؤلاء بالشركة فيها ؟ وقال بعض الشافعية : غنائم بدر كانت لرسول الله صلى الله
عليه وسلم ، وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيجتمعل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟
قلنا أما الاول فالجواب عنه ، أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن
يشرك الله بينهم ، ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أخذ شيئا فهو
له ، فكان ذلك من قبيل المباحات ، من سبق إلى أخذ شيء فهو له : ويجوز
أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الإسلاب والنفل ، إلا أن الاول أصح ،
لقوله : جاء سعد بأسيرين ولم أجد أنا وعمار بشيء .

وأما الثاني . فان الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا
واختلفوا في الغنائم ، فأنزل الله تعالى : يستلونك عن الانفال ؟ قل الانفال لله
والرسول (والشركة كانت قبل ذلك ، ويدل على صحة هذا . أنها لو كانت لرسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يخل . إما أن يكون قد أباحهم أخذها ، فصارت كالمباحات ،
أو لم يباحها لهم . فكيف يشتركون في شيء لغيرهم ؟ وفي هذا الخبر حجة على
أبي حنيفة أيضا لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة ، وهو يمنع ذلك ،
ولان العمل أحد جهتي المضاربة ، فصحت الشركة عليه كالمال ، وعلى أبي حنيفة ،
أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ، ولا نسلم

أن الوكالة لا تصح في المباحات فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة ، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله .

(فصل) وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع ، فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب . لا تصح ، وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ، وبطالب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بالقدرة له عليه ؟ وقال القاضي تصح الشركة لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح ، كما لو اتفقت الصنائع ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحدا الرجلين أحقق فيها من الآخر ، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحتها ، فكذلك إذا اختلفت الصنائعتان ، وقولهم . يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه ، قال القاضي . يحتمل ألا يلزمه ذلك لأنهما كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح : ولا ضمان فيها ، وإن قلنا . يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، ويدل على صحة هذا ، أنه لو قال أحدهما . أنا أتقبل وأنت تعمل ، صحت الشركة ، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه .

(فصل) وإذا قال أحدهما . أنا أتقبل وأنت تعمل والأجرة بيني وبينك صحت الشركة ، وقال زفر . لا تصح : ولا يستحق العامل المسمى : وإنما له أجرة المثل .

ولنا أن الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان ، وتقبل العمل . يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح : فصار كتقبله المال في المضاربة ، والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب ، فينزل بمنزلة المضاربة .

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة أو تفاضل لأن العمل يستحق به الربح ، ويجوز تفاضلهما في العمل ، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة ، والمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما ، وإلى أيهما دفعها برى منها : وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفریط فهي من ضمانهما معا لأنهما كالوكيلين في المطالبة ، وما يتقبله كل واحد منهما من

الأعمال فهو من ضمانهما ، يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان ، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه ، وقال القاضي : يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما يلزم الآخر لما ذكرنا من قبل ، وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده ، وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لأن الإدله فيقبل اقراره بما فيها ، ولا يقبل اقراره بما في يد شريكه ولا بدین عليه لأنه لا يد له على ذلك .

(فصل)

وان عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما ، قال ابن عقيل : نص عليه أحمد في رواية اسحاق بن هانيء ، وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء ؟ قال : نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود : يعني حيث اشتركوا ، فجاء سعد بأسيرين وأخفق الاخران ، ولأن العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الأجرة ، فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ، ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ، ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الأجرة للقصار المستأجر ، كذا ههنا ، وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فملاخ الفسخ ، ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يشارك صاحبه في أجرة ما عمله دونه لأنه إنما شاركه ليعملا جميعاً فإذا ترك أحدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته ، وإنما احتل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل لعذر لأنه لا يمكن التحرز منه .

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجرهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح ، فإذا تقبلا حمل شيء معلوم الى مكان معلوم في ذمتها ، ثم حملاه على البهيمين أو غيرهما صح ، والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتها ، ولهما أن يحملاه بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه ؛ وان أجراهما بأعيانها على حمل شيء بأجرة

معلومة لم تصح الشركة ، ولكل واحد منهما أجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذمهما ، وإنما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها ، ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة التي اكترأها ، ولان الشركة اما أن تنعقد على الضمان في ذمهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمهما ضمان ، ولا عملا بأبدانها ما يجب الاجر في مقابلته ، ولان الشركة تضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ، ولهذا لو قال : أجر عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم تصح كما لو قال : بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح ، ويحتمل أن تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانها فان أعاد أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له أجر مثله ، لانه منافع وفاها بشبهة عقد .

فصل

فان كان لقصار أداة ولآخر بيت ، فاشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز ، والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملها والعمل يستحق به الربح في الشركة ، والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك ، فصارا كالدابتين اللتين أجراهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله ، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء ، أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء ، فاتفقا على أن يعملوا بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا .

(فصل) وان دفع رجل دابته الى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفية شرطاً صريح ، نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد ، ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا : وكره ذلك الحسن والنخعي ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي : لا يصح والربح كله لرب الدابة ، لان الحمل الذي يستحق به العوض منها ، وللعامل أجر مثله ، لان هذا ليس من أقسام الشركة الا أن تكون المضاربة ، ولا تصح المضاربة بالعروض ، ولان المضاربة تكون بالتجارة في الاعيان ، وهذه لا يجوز بيعها ولا اخراجها عن ملك مالكيها ، وقال القاضي : يخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح فعلى هذا ان كان أجر الدابة بعينها فالاجر

لمالكها . وإن تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فبأجره فأجره
والثمن له وعليه أجره مثلها لمالكها .

ولنا أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض ثمنائها ، كالدرهم
والدنانير ، وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة ، وقولهم إنه ليس من أقسام
الشركة ولا هو مضاربة . قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة . فإنه دفع لعين
المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريبها على
المضاربة بالعروض فاسد ، فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقة
المال . وهذا بخلافه .

وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه
الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً ، فإن الإجارة يشترط لصحتها العلم
بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ، ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ،
ولا هو في معنى المنصوص ، فهو كسائر العقود الفاسدة ، إلا أن يريد بالإجارة
المعاملة على الوجه الذي تقدم . وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا
بالمزارعة ، فقال لا بأس بالثوب ، يدفع بالثلث والربع لحديث جابر ، أن النبي
صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر ، وهذا يدل على أنه قد صار في هذا
ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة ، لا إلى المضاربة ولا إلى الإجارة .
ونقل أبو داود عن أحمد فيمن يعطى فرسه على النصف من الغنيمة : أوجو أن
لا يكون به بأس . قال إسحاق بن إبراهيم قال أبو عبد الله : إذا كان على النصف
والربع فهو جائز ، وبه قال الأوزاعي

ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون
له ثلث ذلك أو رבעه جائز ، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة ، وإن دفع ثوبه
إلى خياط ليفصله قمصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز ، نص عليه في رواية
حرب ، وإن دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو رבעه جاز ، نص عليه
ولم يجز مالك وأبو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك ، لأنه عوض مجهول وعمل
مجهول ، وقد ذكرنا وجه جوازه ، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز ،

نصر عليه ، وعنه الجواز والصحيح الأول . وقال أبو بكر : هذا قول قديم ، وما روى غير هذا فعليه المعتمد

قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يقول : لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع ، وسئل عن الرجل يعطى الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين ؟ قال أكرهه لأن هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزاً ، لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر ،

قيل لأبي عبد الله فإن كان النسيج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً ؟ قال : فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلث ونصف عشر وما أشبهه . وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهرى وأيوب وبعل بن حكيم : أنهم أجازوا ذلك ، وقال ابن المنذر . كره هذا كله الحسن وقال أبو ثور وأصحاب الرأي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا : لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد وأصاحب الشبكة أجر مثلها وقياس ما نقل عن أحمد صحة الشركة ، وما رزق بينهما على ما شرطاه لأنها عين تنمى بالعمل فيها فصح دفعها ببعض ثمنها كالأرض .

(فصل) قال ابن عقيل : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، وهو أن يعطى الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها ، وعلة المنع : أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله فيصير الطاحن مستحقاً له عليه ، وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته ، وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل .

(فصل) فإن كان لرجل دابة ولاحر كاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما والأجرة بينهما نصفان فهو فاسد ، لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها إذ تقديره أجر دابتك لتكون أجرتها بيننا وأؤجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيننا ، وتكون الأجرة كلها لأصاحب البهيمة ، لأنه مالك الأصل والآخر أجر مثله على صاحب البهيمة ، لأنه استوفى منافع ملكه بعقد ، هذا إذا أجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد ، فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفرداً فليكل واحد منهما أجر ملكه ، وهكذا لو قال رجل

لصاحبه أجر عبدي والاجر يبتئا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله ، وكذلك
في جميع الاعيان

(فصل ، فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل
على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم ، صح في قياس قول أحمد ، فإنه قد نص في
الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لها الاجرة على الصحة ، وهذا مثله لانه
دفع دابته الى آخر يعمل عليها ، والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبيمة ؛
فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولانها
وكلاء العامل في كسب مباح بآلة دفعها اليه ، فأشبه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعها
وهكذا لو اشترك أربعة ، من أحدهم دكان ، ومن آخر رحى ، ومن آخر بغل ،
ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك ، فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح ، وكان
بينهم على ما شرطوه

وقال القاضى : العقد فاسد في المسألتين جميعا ، وهو ظاهر قول الشافعي ، لان
هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة ، لكونهما لا يجوز أن يكون رأس
مالهما العروض ، ولان من شرطهما عود رأس المال سليما ، بمعنى أنه لا يستحق
شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكامله ، والراوية ههنا تخلق وتنقص ولا
إجارة لانها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة ، فعلى هذا
يكون الاجر كله في المسألة الاولى للسقاء ، لانه لما غرق الماء في الاناء ملكه ، فاذا
باعه فثمنه له لانه عوض ملكه ، وعليه لصاحبيه أجر المثل لانه استعمل ملكهما
بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة .

وأما في المسألة الثانية فإنهم إذا طحنوا الرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد
الاجارة ، فإن كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه
لأصحابه أجر المثل ، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد
منهم منفردا أو استأجر من جميعهم ، فقال استأجرتكم لطحنوا لي هذا الطعام
بكذا فالاجر بينهم أرباعا ، لان كل واحد منهم قد لزمه طحن رבעه بربع الاجر
ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله

وإن قال : استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى ، وهذا الرجل بكذا . وكذا

أطعن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين ، وفي الآخر . يكون بينهم أرباعا ، بناء على ما إذا تزوج أربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد ، هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين

• مسألة ، قال (وإن اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدنان بمال غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما ، أو بدنان بماليها تساوى المال أو اختلف ، فكل ذلك جائز)

ذكر أصحابنا الشركة الجائزة أربعا ، وقد ذكرنا نوعا منها ، وهو شركة الأبدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرقى في خمسة أقسام ، ثلاثة منها المضاربة ، وهى إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما وقسم منها شركة الوجوه : وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما ، فقال القاضى معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة ، فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمال غيرهما لأنهما إذا أخذوا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل ، والذي قلنا له وجه لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما ، واخترنا هذا التفسير لأن كلام الخرقى بهذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة ، وعلى تفسير القاضى يكون مخلا بنوع منها وهى شركة الوجوه ، ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة ، ولأن الخرقى ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضى تكون الشركة بين ثلاثة ، وهو خلاف ظاهر قول الخرقى

والقسم الخامس : إذا اشترك بدنان بماليهما — وهذه شركة الغنان — وهى شركة متفق عليها .

فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما ، من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا أو نحو ذلك ، ويبيعان ذلك ، فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهى جائزة ، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقته ، أو ذكر صنف المال أو لم

يعين شيئا من ذلك ، بل قال : ما اشتريت من شيء فهو بيننا . وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رموس أموالهما : على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز ، وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن بن وابن المنذر . وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفا من الثياب

وقال مالك والشافعي : يشترط ذكر شرائط الوكالة ، لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

ولنا أنهما اشتركا في الابتاع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح ، وكان ما يتبايعانه بينهما ، كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا ، وان سلمنا ذلك فإنما يعتبر في الوكالة المفردة ، أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك ، بدليل المضاربة وشركة العنان ، فإن في ضمنها توكيلا : ولا يعتبر فيها شيء من هذا - كذا ههنا - فعلى هذا إذا قال لرجل : ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان ؛ أو أطلق الوقت فقال نعم ، أو قال : ما اشتريت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة ؛ لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما ، وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن ، فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع ، سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق وكذلك إذا قال ، ما اشتريناه أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا ، فهو شركة صحيحة ، وهما في تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصوماتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سذكره إن شاء الله تعالى ، وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل ، لأنه وكيله ، وسميت هذه شركة الوجوه ، لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد ، يقال ، فلان وجيه ، إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها) وفي بعض الآثار ، أن موسى عليه السلام قال : يارب إن كان قد خلق جامي عندك فأسألك بحق النبي الأمي الذي تبعته في آخر الزمان ، فأوحى الله تعالى إليه ما خلق جامك عندي وإنك عندي لوجيه ^(١)

(١) من روى هذا الاثر ؟ الظاهر أنه من الاسرائيليات الدخيلة .

(فصل) القسم الثاني : أن يشترك بدنان بـأليهما . وهذا النوع الثالث من أنواع الشركة ، وهى شركة العنان ، ومعناها أن يشترك رجلان بـأليهما على أن يعملأ فيهما بأبدانهما والربح بينهما . وهى جائزة بالاجماع ، ذكره ابن المنذر وإنما اختلف فى بعض شروطها ، واختلف فى علة تسميتها شركة العنان ، فقيل سميت بذلك لأنهما يتساويان فى المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسبها وتساويا فى السير ، فإن عنانيهما يكونان سواء .

وقال الفراء : هى مشتقة من عن الشيء إذا عرض ، يقال عنيت لى حاجة اذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه ، وقيل هى مشتقة من المعاتة وهى المعارضة ، يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأفعاله ، فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعله ، وهذا يرجع إلى قول الفراء

(فصل)

ولا خلاف فى أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير ، فانها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زماننا من غير تكير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها فى ظاهر المذهب ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب وحرب ، وحكاه عنه ابن المنذر ، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها لا يجوز وقوعها على أعيانها ، لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لا مثل لها فيرجع اليه ، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح ، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضى إلى التنازع ، وقد يقوئم الشيء بأكثر من قيمته ، ولأن القيمة قد تزيد فى أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر فى العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها ، ولأنه ان أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج

عن مكانه وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط ، وهو بيع الأعيان ، ولا يجوز ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال . قال أحمد : إذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا ، وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع ؟ قال : جائز ، فظاهر هذا صحة الشركة بها ، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب ، وهو قول مالك وابن أبي ليلى ، وبه قال في المضاربة طاوس والأوزاعي وحماد بن أبي سليمان ، لأن مقصود الشركة جواز تصرفها في المالكين جميعا ، وكون ربح المالكين بينهما ، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان ، فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان ، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها . وقال الشافعي : إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان جازت الشركة بها في أحد الوجهين لأنها من ذوات الأمثال أشبهت النقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها ، وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجوز وجها واحدا لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها .

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ، ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له .

(فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض ، وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان قل الغش أو كثر ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن كان الغش أقل من النصف جاز ، وإن كثر لم يجوز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول .

ولنا أنها مغشوشة فأشبه ما لو كان الغش أكثر ، ولأن قيمتها تزيد وتنقص ، أشبهت العروض . وقولهم : الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة ، وكذلك الذهب . اللهم إلا أن يكون الغش قليلا جداً لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار ، مثل الحبة ونحوها . فلا اعتبار به ، لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره .

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ، ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال : لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ثمن : فجازت الشركة بها كالدرهم والدنانير ، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال ، نافقة كانت أو غير نافقة ، بناء على جواز الشركة بالعروض .

ووجه الاول : أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فاشبهت العروض ، فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها ، وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض .

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافا لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة ، ولا يمكن مع الجهل والجزاف ، ولا يجوز بمال غائب ولا دين . لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس . بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير ، نص عليه أحمد . وبه قال الحسن وابن سيرين ، وقال الشافعي : لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد ، بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ، ونحن لا نشترط ذلك ، ولأنها من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل ، نص عليه أحمد ، فقال . يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ، وقال : كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي : إذا أراد المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه .

ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدا .

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر ، وبه قال الحسن والشافعي والنخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال بعض أصحاب الشافعي : يشترط ذلك .

ولنا أنهما مالان من جنس الأثمان ، فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا .

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضرهما ، وبهذا قال

أبو حنيفة ومالك ، إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما ، وقال الشافعي : لا يصح حتى يخلطا المالين لأنهما إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل .

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال بالمضاربة ، ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة ، وعلى مالك : فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة ، وقولهم : إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه ، فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة ، متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه . ولنا أن الوضعية والظمان أحدهما موجب الشركة فتعلق بالشريكن كالربح وكما لو اختلطا .

(فصل)

ومتى وقعت الشركة فاسدة فإنهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله ، نص عليه أحمد في المضاربة ، واختاره القاضي . وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد ، كالبيع الفاسد إذا تلف — المبيع في يد المشتري ، إلا أن يكون مال كل واحد منهما مميّزاً وربحه معلوماً : فيكون له ربح ماله ، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقيه مختلط كان له ما تميز من ربح ماله وله بحصته باقي ماله من الربح واختار الشريفة أبو جعفر أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله ، وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها ، قال : لأن أحمد قال : إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه ، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة ، فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح ، والمذهب الأول قاله القاضي وكلام أحمد محمول على الرواية الأخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لأن الأصل كون ربح مال كل واحد لملكه لأنه ثماؤه ، وإنما ترك ذلك : لعقد الصحيح ،

فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الأصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينتقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله .

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمنه ، وبإذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها : أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها ، وإن عين له جنساً أو نوعاً أو بلداً تصرف فيه دون غيره لأنه متصرف بالإذن فوقف عليه كالوكيل . ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لأن هذا عادة التجار ، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما يليه هو وفيما ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان فصار كالإشراء والبيع والمطالبة بالاجر لهما وعليهما لأن حقوق العقد لا تختص بالعائد .

(فصل) وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ، ولا يزوج الرقيق لأن الشركة تنعقد على التجارة : وليست هذه الأنواع تجارة سيما تزويج العبد ، فإنه محض ضرر ، وليس له أن يقرض ولا يحابي لأنه تبرع وليس له التبرع وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لأن ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره ، وليس ذلك له ، وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها ، ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطى به سفتجة لأن في ذلك خطراً لم يؤذن فيه : وليس له أن يستدين على مال الشركة فإن فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعة ، قال أحمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجه ألفاً : فهو له وربحه له والوضيعة عليه .

وقال القاضي : إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما ، لأنه تملك مال بمال فهو كالصرف ، ونص أحمد يخالف هذا ، ولأنه أدخل في الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز ، كما لو ضم إليها ألفاً من ماله . ويفارق الصرف

لأنه بيع وإبدال عين بعين ، فهو كبيع الثياب بالدرهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فإن فعل لزم في حقه دون صاحبه ، سواء أقر بعين أو دين لأن شريكه إما أذن في التجارة ، وليس الإقرار داخل فيها ، وإن أقر بعيب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه أحمد ، وكذلك إن أقر ببقية ثمن البيع أو بجميعه أو بأجز للنكاح أو الحال وأشياء هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة ، فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها ، وله أن يعطى أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لأجل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم في حقه ، وبطل في حق شريكه لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه ، وإن كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز ، وبه قال أبو يوسف وعمر ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالأبراء .

فصل

وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين ، بناء على الوكيل والمضارب سند ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه ، أو اشترى بشيء من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي بما في يديه ، فلا يفضى إلى الزيادة في الشركة ، وإن لم يكن في يده نقد ولا مثل من جنس ما اشترى به ، أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة ، وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة ، وليس له ذلك على ما أسلفناه ؛ والاولى : أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه من أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز ، لأنه أمكنه من أداء الثمن من مال الشركة فأشبه ما لو كان عنده نقد ، ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يبضع أو يودع ؟ على روايتين . إحداهما : له ذلك لأنه عادة التجار . وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع .

والثانية : لا يجوز ، لأنه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح : أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحال ، وفي

التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان ، بناء على الوكيل ، وقيل : يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد ، والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما ، أو يرهن بالدين الذي لهما ؟ على وجهين .

أصحهما : أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للإيفاء ، والارتهان يراد للاستيفاء : وهو يملك الإيفاء والاستيفاء ، فملك ما يراد لهما .

والثاني : ليس له ذلك لان فيه خطراً ، ولا فرق بين أن يكون ممن ولى العقد أو من غيره ، لكون القبض من حقوق العقد ، وحقوق العقد لا تختص بالعقد فكذلك ما يراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة ، فأما الإقالة فالأولى : أنه يملكها لأنها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع ، وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب اذا رأى المصلحة فيه ، فكذلك يملك الفسخ بالاقالة اذا كان الحظ فيه فإنه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه ويحتمل أن لا يملكها : اذا قلنا : هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة ؛ وان قال له : اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة ؛ من الأضاع ، والمضاربة بالمال ، والمشاركة به وخططه بماله والسفر به والإيداع ، والبيع نساء والرهن والارتهان ، والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تمليكا بغير عوض كالهبة والخطيئة لغير فائدة ، والقرض والعنق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العمل برأيه في التجارة ، وليس هذا منها .

فصل

وان أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضعته عليه دون صاحبه ، لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله ، وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة اذا ضارب لرجل آخر رد ما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول ، فيجوز ههنا مثله .

(فصل والشركة من العقود الجائزة : تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما ، لأنها عقد جائز ، فبطلت بذلك كالوكالة وان عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه وللعازل التصرف في الجميع ، لأن المعزول لم يرجع عن إذنه : هذا إذا كان المال ناضا ، وان كان عرضا فذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحمد : أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال : كالمضارب إذا عزله رب المال ، وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى ، أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب : أنه يعزل مطلقا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه عقد جائز ، فأشبهه الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا ، وان طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع .

فإن قيل : أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه فالجواب : أن حق العامل في الربح ، ولا يظهر الربح الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسألتنا : ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع ، فلم يجبر على البيع

فصل

فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف ، وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان مولى عليه قام وليه مقامه في ذلك ، الا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولى عليه ، فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالوصى له كالوارث فيما ذكرنا ، وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصى الإذن في التصرف ، لأنه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم ، وان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضى دينه ، فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام ، وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

(فصل : القسم الثالث : أن يشترك بدن ومال ، وهذه المضاربة ، وتسمى قراضا أيضا ، ومعناها : أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه ، فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة من

الضرب في الأرض ، وهو السفر فيما للتجارة ، قال الله تعالى (٧٢ : ٢) وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله) .

ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم ، ويسميه أهل الحجاز القراض ، فقبيل هو مشتق من القطع . يقال قرض الفار الثوب إذا قطعه ، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلبها إلى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل : اشتقاقه من المناوأة والموازنة ، يقال : تقارض الشاعران ، إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره ، وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ، ذكره ابن المنذر .

وروى عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به إلى المدينة ؛ فباعاه وربحما فيه فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله ، فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضا ؟ قال : قد جعلته ، وأخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض .

وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه ، وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال : إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطتا ، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ، ولا يخالف لهما في الصحابة ؛ لحصل إجماعا ، ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة ، فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة ، وليس كل من يملكها يحسن التجارة ، ولأن كل من يحسن التجارة له رأس مال ، فاحتيج إليها من الجانبين ، فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين .

إذا ثبت هذا : فإنها تنعقد بلفظ : المضاربة والقراض ، لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها ، لأن المقصود المعنى ، فجاز بما دل عليه كلفظ التملك في البيع .

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان ، في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز

المضارب عمله ، وما منع منه الشريك منع منه المضارب ، وما اختلف فيه ثم فهمنا مثله : وما جاز أن يكون رأس المال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة . وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا على ما فصلناه .

(فصل) القسم الرابع : أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما ، فهذا يجمع شركة ومضاربة ، وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف والآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صحت ، ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه ، وللعامل ربعه ، وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهم ، منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم ، للعامل سهم وهو الربح .

فإن قيل : فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟

قلنا : إنما تمنع الاشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل ، لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل ، فإنها لا تمنعه من التصرف ، فلا تمنع من صحة المضاربة ، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فقال صاحبه بضاعة في يده ، وليست مضاربة : لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما ، فأما إذا قال . ربح مالك لك ، وربح مالي فقبل الآخر ، كان إبطاعاً لا غير ، وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة ولنا أنهما لم يجعل أحدهما العقد شرطاً للآخر ، فلم تمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً .

فصل

إذا دفع إليه ألفاً مضاربة وقال : أضف إليه ألفاً من عندك واتجر بها والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز ، وكان شركة وقراضاً ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح ، لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعاً له دون العمل . ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد أحدهما بالعمل ، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال ، وقولهم : إن الربح تابع للمال وحده ممنوع ، بل هو تابع لهما

كما أنه حاصل بهما ، فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز ، وقال القاضي : يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان .

ولنا أنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لا مقابل له فلا يصح ، كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان ، لأن فيها عملاً منهما ، فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهم في العمل بخلاف مسألتنا ، وإن جعل الربح بينهما نصفين ولم يقولوا مضاربة جاز ، وكان إبطاءاً كما تقدم ، وإن قالوا مضاربة فسد العقد ، لما سذكروه إن شاء الله تعالى .

(فصل)

القسم الخامس . أن يشترك بدنان بمال أحدهما ، وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ، مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ، ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث ، وتكون مضاربة ، لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره ، وهذا هو حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب : إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح ، وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه : لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب ، فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه فيخالف موضوعها ، وتناول القاضي كلام أحمد والخرقى على أن رب المال عمل من غير اشتراط .

ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة ، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال ، وقولهم : أن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل : ممنوع ، إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه ، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ، ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما .

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح ، وهذا ظاهر كلام الشافعي ، وقول أكثر الصحابة ، ومنعه بعضهم ، وهو قول القاضي ، لأن يد الغلام

كيد سيده ، وقال أبو الخطاب : فيه وجهان : أحدهما : الجواز ، لأن عمل الغلام مال لسيده ، فصح ضمّه إليه ، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها .
(فصل) وأما شركة المفاوضة فنوعان .

أحدهما : أن يشتركا في جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعوا بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك ، لأن كل نوع منها يصح على انفراده ، فصح مع غيره والثاني . أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث ، أو يجده من ركاز أو لقطة ، ويلزم كل منهما ما يلزم الآخر من أرش جنابة وختان غصب وقيمة متلف ، وغرامة الضمان أو كفالة ، فهذا فاسد ، وبهذا قال الشافعي ، وأجازته الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة . وحكى ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطا ، وهي أن يكونا حرين مسلمين ، وأن يكون مالهما في الشركة سواء ، وأن يخرجوا جميع ما يملكانه من جنس الشركة ، وهو الدراهم والدنانير ، واحتجوا بما روى عن النبي (ص) أنه قال : إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة ، ولأنها نوع شركة يختص باسم ، فكان فيها صحيح كشركة العنان .

ولنا أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم ، فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ، ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله ، فلم يصح كما ذكرنا ، ولأن فيه غررا ، فلم يصح كبيع الغرر ، وبيان غرره : أنه يلزم كل واحد ما يلزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به ، وقد أدخلنا فيه الأكساب النادرة ، والخبر لا نعرفه ، ولا رواه أصحاب السنن ، ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد ، فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روى فيه ، ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان ، .

وأما القياس : فلا يصح ، فإن اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة ، كبيع المنابذة والملازمة وسائر البيوع الفاسدة ، وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا :

« مسألة » قال (والربح على ما اصطلاحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ، ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة ،

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه ، أو ما يجمعان عليه ، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء ، ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله . فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير . كالأجرة في الإجارة ، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة .

وأما شركة العنان - وهو أن يشترك بدنان بما لهما - فيجوز أن يجعل الربح على قدر المالين ، ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي : من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين ، لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال ، بدليل أنه يصح عقد الشركة ، وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة .

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد ، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل ، فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله ، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب .

بحققه . أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعاً ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً فكذلك إذا اجتمعا ، وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط ، فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط ، فإذا عدم وقال . الربح بيننا كان بينهما نصفين وفارق الوضيعة فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة .

وأما شركة الأبدان فهي معقودة على العمل المجرد ، وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان ، بل هذه أولى ، لانعقادها على العمل المجرد .

وأما شركة الوجوه : فكلام الخرق بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل ، وهو قياس المذهب ، لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه ، فكذلك هذه ، ولأنها تنعقد على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان ، وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشتري ،

لان الربح يستحق بالضمان ، إذ الشركة وقعت عليه خاصة ، إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل ، والضمان لا تفاضل فيه ، فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات ، وقول القاضى : لا مال لهما يعملان فيه ، قلنا : إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتى ، فكذا هنا .

وأما المضاربة التى فيها شركة ، وهى أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما : مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر فى التجارة بهما ، فهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز ، لانه مضارب لصاحبه فى ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وإن شرط له دون نصف الربح لم يجز ، لان الربح يستحق بمال وعمل ، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه ، وإن جعل الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ولا مضاربة ، لان شركة العنان تقتضى أن يشتركا فى المال والعمل ، والمضاربة تقتضى أن للعامل نصيباً من الربح فى مقابلة عمله ولم يجعل له هنا فى مقابلة عمله شيئاً ، وإنما جعل الربح على قدر المالين وعمله ، فى نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك إبطاء ، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز ، لانه جعل عمله فى مال صاحبه عوضاً عن قرصه وذلك غير جائز .

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان جميعاً فيه فإن للعامل الذى لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبهه ما لو لم يعمل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلاحا عليه فى جميع أنواع الشركة ، سواء ما ذكرنا فى المضاربة التى فيها شركة على ما شرحنا .

(فصل : ومن شرط صحة المضاربة : تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ، ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال والوضعية عليه . وللعامل أجر مثله ، نص عليه أحمد ، وهو قول

الثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي : الربح بينهما نصفين لانه لو قال : والربح بيننا لكان بينهما نصفين ، فكذلك إذا لم يذكر شيئا .

ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد : وقوله : مضاربة اقتضى أن له جزءا من الربح مجهولا ، فلم تصح المضاربة به كما لو قال : ولك جزء من الربح فأما إذا قال : والربح بيننا ، فإن المضاربة تصح ويكون بينهما نصفين لانه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر ، فاقضى التسوية كما لو قال : هذه الدار بيني وبينك ، وإن قدر نصيب العامل فقال : ولك ثلث الربح أو رבעه أو جزءا معلوما أي جزء كان ، فالباقي لرب المال لأنه يستحق الربح بماله لكونه نأؤه وفرعه ، والعامل يأخذ بالشرط ، فما شرط له استحققه ، وما بقي فلرب المال بحكم الأصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول : ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل : ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء ، فتكون المضاربة فاسدة .

والثاني : يصح ويكون الباقي للعامل : وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ، لأن الربح لهما لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ ، كما علم ذلك من قوله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الأب ، فعلم أن الباقي له ، ولأنه لو قال : أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو : ونصيب زيد منهم ثلاثون كان الباقي لعمرو كذا ههنا : وإن قال : لي النصف ولك الثلث ، وسكت عن السدس صح ، وكان لرب المال ، لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال ، فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وإن قال : خذه مضاربة على الثلث أو النصف ، أو قال : الثلث . أو الربع صح ، وكان تقدير النصيب للعامل لأن الشرط يراد لأجله ، فإن رب المال يستحق بماله لا بالشرط . والعامل يستحق بالعمل ، والعمل يكثُر ويقل . وإنما تنقدر حصته بالشرط فكان الشرط له . ومتى شرطا لأحدهما شيئا واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلا كان أو كثيرا لذلك . وإن قال : خذه مضاربة

ذلك ثلث الربح وثلث ما بقي صح ، وكان له خمسة أنساع لأن هذا معناه ، وإن قال :
 ذلك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف ، وإن قال لك ربيع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أثمان
 ونصف ثمن ، وسواء عرفنا الحساب أو جهلاه لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبهه
 ما لو شرط الخمسين ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

فصل

وإن قال : خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء
 من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ، ولا تصح المضاربة إلا
 على قدر معلوم ، وإن قال : خذه ولك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح
 لأنها أشارا إلى معلوم عندهما ، وإن كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت
 المضاربة لأنه مجهول .

(فصل) وإن قال : خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضا لا قرضا
 لأن قوله : خذه فاتجر به يصلح لهما ، وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه ،
 وإن قال مع ذلك : ولا ضمان عليك ، فهذا قرض شرطه فيه نفى الضمان ، فلا ينتفى
 بشرطه ، كما لو صرح به فقال : خذ هذا قرضا ولا ضمان عليك ، وإن قال : خذه
 فاتجر به والربح كله لي كان إبطاعا لأنه قرن به حكم الإبطاع فانصرف إليه ، فإن قال
 مع ذلك : وعليك ضمانه لم يضمه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة ،
 فلا يزول ذلك بشرطه ، وإن قال : خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي : فهو
 عقد فاسد ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . إذا قال والربح كله لي كان إبطاعا
 صحيحا لأنه أثبت له حكم الإبطاع فانصرف إليه كالتى قبلها ، وقال مالك : يكون
 مضاربة صحيحة في صورتين لأنها دخلا في القراض ، فإذا شرط لأحدهما فكأنه
 وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما ، فإذا شرط اختصاص أحدهما
 بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد ، كما لو شرط الربح كله في شركة العنان
 لأحدهما ، ويفارق ما إذا لم يكن مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من
 الإبطاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة ، وما ذكره مالك لا يصح لأن
 الهبة لا تصح قبل وجوب الموهوب .

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد ، فإن شرط لهما جزاء من الربح بينهما نصفين جاز ، وإن قال . لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو ، كان بينهما نصفين لأن اطلاق قوله بينهما يقتضى التسوية ، كما لو قال لعامله . والربح بينهما ، وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربه وجعل الباقي له جاز ؛ وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك لا يجوز لانهما شريكان في العمل بأبدانهما ، فلا يجوز تفاضلهما في الربح كشرى بكي الأبدان .

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ؛ ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه ، فجاز تفاضلهما في العوض كالأجيرين ، ولا نسلم وجوب التساوى في شركة الأبدان ، بل هي كمسالتنا في جواز تفاضلهما ، ثم الفرق بينهما . أن ذلك عقد واحد ، وهذان عقدان

(فصل) وإن قارض اثنان واحدا بالقبض لهما جاز ، وإذا شرط له ربحا متساويا منهما جاز ، وإن شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ، ويكون باقى ربح مال كل واحد منهما لصاحبه ، وإن شرط كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يحز ، وهذا مذهب الشافعي ، وكلام القاضي يقتضى جوازه ، وحكى ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور .

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان ، فإذا اشترطا التساوى فقد شرط أحدهما للآخر جزاء من ربح ماله بغير عمل فلم يحز ، كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) وإذا شرط جزاء من الربح لغير العامل نظرت فإن شرطاه لعبد أحدهما أو لعبيهما صح وكان ذلك مشروطا لسيده ، فإذا جعل الربح بينهما وبين عبيهما أثلاثا كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث ، وإن شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح ، وكانا عاملين ، وإن لم يشترطا عليه عملا لم تصح المضاربة ، وبهذا قال الشافعي . وحكى عن أصحاب الرأى أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب

العامل أو لقريب رب المال : أو لأجنبي ، لان العامل لا يستحق الا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل ، والاجنبي لا يستحق شيئا ، لانه انما يستحق الربح بمال أو عمل ، وليس هذا واحدا منهما ، فما شرط لا يستحقه فيرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره .

ولذا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد ، كما لو شرط. دراهم معلومة وان قال : لك الثلثان على أن تعطى امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط. في الربح شرطا لا يلزم فكان فاسدا والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه .

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منها من الربح : الا أنها اذا أطلقاها ولم يذكر الربح كان بينها على قدر المسالين ، وفي شركة الوجوه : يكون على قدر ملكيتها في المشتري لأن لها أصلا يرجعان اليه ، ويتقدر الربح به ، بخلاف المضاربة ، فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمسال والعمل ، لكون أحدهما من غير جنس الآخر ، فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الابدان فلا مال فيها يقدر الربح به ، فيحتمل أن يتقدر بالعمل ، لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر : فقد تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلا يرجع اليه ، ويحتمل ألا يتقدر به لأن العمل يقل ويكثر ويتفاضل ، ولا يوقف على مقداره ، بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة ، والله أعلم .

« مسألة ، قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منها بقدر ماله ، فإن كان مالها متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين : وان كان أثلاثا فالوضيعة أثلاثا ، لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم . وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيتها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن . وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك . والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء . لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه . لا شيء للعامل فيه .

فيكون نقصه من ماله دون غيره ، وإنما يشتركان فيما يحصل من الثماء فأشبه المساقاة والمزارعة ، فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء .

مسألة ، قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجملته : أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة ، أو جعل مع نصيبه دراهم ، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ، ومن حفظنا ذلك عنه : مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة ، وإنما لم يصح ذلك لمعنيين أحدهما : أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها ، فيحصل على جميع الربح ، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم .

والثاني : أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر ، فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ، ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم قائده فيه وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح .

(فصل)

وان دفع إليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما يربح ألف ، أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين ، أو ربح إحدى السفرتين ، أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك ، فسد الشرط والمضاربة ، لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره ، وقد يربح في غيره دونه ، فيختص أحدهما بالربح ، وذلك يخالف موضوع الشركة ، ولأنعلم في هذا خلافاً ، وان دفع إليه ألفاً وقال : لك ربح نصفه لم يحز ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : يجوز ؛ لأن نصف ربحه هو ربح نصفه ، فجاز شرطه ، كما لو عبر عنه بغيرته الأخرى .

ولنا أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض ، وكذلك جعل الآخر ، فلم يحز ، كما لو قال : لك ربح هذه الخمسمائة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف — الآخر ، بخلاف نصف الربح : فإنه لا يؤدي إلى انفراجه بربح شيء من المال .

مسألة ، قال (والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمر ضمن في إحدى الروايتين والآخرى : لا يضمن)

وجملته : أن المضارب وغيره من الشركاء إذا نصر له على التصرف فقال : نقداً أو نسيئة ، أو قال : بنقد البلد أو ذكر نقداً غيره جاز ، ولم تجز مخالفته ، لأنه متصرف بالإذن فلا يتصرف في غير ما أذن له فيه كالوكيل ، ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة ، وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة ، وإن أطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا ، وفي البيع نسيئة روايتان .

أحدهما : ليس له ذلك ، وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي ، لأنه نائب في البيع ، فلم يحز له البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه كالوكيل ، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط ، وفي النسيئة تغيير بالمال . وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال : بعه حالا .

والثانية : أنه يجوز له البيع نساء ، وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل ، لأن أذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة ، وهذا عادة التجار ، ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر ، ويفارق الوكالة المطلقة ، فإنها لا تختص بقصد الربح ، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب ، فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ، ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة ، فلم يحز تأخيرها ، بخلاف المضاربة ، وإن قال له : اعمل برأيتك فله البيع نساء ، وكذلك إذا قال له : تصرف كيف شئت ، وقال الشافعي : ليس له البيع نساء في الموضعين ، لأن فيه غرراً ، فلم يحز ، كما لو لم يقل له ذلك .

ولنا أنه داخل في عموم لفظه ، وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات

البيع وفي أنواع التجارة ، وهذا منها ، فإذا قلنا : له البيع نساء فالبيع صحيح ، ومهما فات من ائتمن لا يلزمه ضمانه ، الا أن يفرض ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيلزمه ضمان ائتمن الذي انكسر على المشتري .

وان قلنا : ليس له البيع نساء فالبيع باطل ، لانه فعل مالم يؤذن له فيه ، فأشبه البيع من الأجنبي ، الا على الرواية التي تقول : يقف بيع الأجنبي على الإجازة ، فهنا مثله : ويحتمل قول الحرقى صحة البيع ، فإنه إنما ذكر الضمان ، ولم يذكر فساد البيع ، وعلى كل حال يلزم العامل الضمان ، لأن ذهاب ائتمن حصل بتفريطه .

فإن قلنا : بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه ، إما لتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده اليه ، وان قلنا : بصحته احتمل أن يضمه بقيمته أيضاً ، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواءها ، وزيادة ائتمن حصلت بتفريطه فلا يضمها ، واحتمل أن يضمن ائتمن ، لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، وان نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه ، بدليل أنه لو حصل ائتمن لم يضمن شيئاً .

(فصل)

وليس له السفر بالمال في أحد الوجهين ، وهو مذهب الشافعي : لأن في السفر تغريراً بالمال وخطراً ، ولهذا يروى : أن المسافر وماله لم يملأ الا ما وفى الله تعالى ، أى هلاك . ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن ماله .

والوجه الثاني : له السفر به إذا لم يكن مخوفاً ، قال القاضي : قياس المذهب جوازه ، بناء على السفر بالوديعة ، وهذا قول مالك ، ويحكي ذلك عن أبي حنيفة ، لأن الإذن المطلق ينصرف الى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفرأ وحضرأ ، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فملك ذلك بمطلقها ، وهذان الوجهان في المطلق .

فأما ان أذن في السفر أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وثبت ما أمر به ، وحرم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع مخوف على الوجهين جميعاً ، وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف ، ولا إلى بلد مخوف ، فإن فعل فهو ضامن لما يتلف ؛ لأنه متعمد بفعل

ما ليس له فعله ، وإن سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه ، وبهذا قال ابن سيرين . وحامد بن أبي سليمان ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .

وقال الحسن والنخعي والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف إذا شخص به عن البلد ، لأن سفره لأجل المال ، فكانت نفقته منه كأجر الحال .

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطب ، ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى ، فلا يكون له غيره ، ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه ، فأما إن اشترط له النفقة فله ذلك ؛ وله ما قدر له من مأكل وملبس ومركوب وغيره قال أحمد في رواية الأثرم : أحب إلى أن يشترط نفقه محدودة ، وإن أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكل وما كسوة له .

قال أحمد : إذا قال له نفقته فإنه ينفق ، قيل له فيكتسب قال لا ، إنما له النفقة وإن كان سفره طويلا يحتاج إلى تجديد كسوة ، فظاهر كلام أحمد : جوازها ، لأنه قيل له : فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى كسوة ؟ فقال إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصدا ، هذا معناه .

وقال القاضي وأبو الخطاب . إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكل أو ملبوس بالمعروف ، وقال أحمد : ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ؛ ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة ، لأن الأسعار تختلف ، وقد تقل وقد تكثر ، فإن اختلفا في قدر النفقة ، فقال أبو الخطاب : يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله ، فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالكين ؛ لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع عليه بذلك ، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر إما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال ، فأخذ ماله

فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له ، لأنه إنما يستحق النفقة ما دام في القراض وقد زال ، فزالت النفقة ، ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ، وقد قيل له ذلك ، لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتفسيره الى الموضع الذي أذن له فيه معتقداً أنه مستحق للنفقة ذاهباً وراجعاً ؛ فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(فصل)

وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله ، فإن فعل فقد روى عن أحمد : أن البيع يصح ويضمن النقص ، لأن الضرر ينجر بضمان النقص ، والقياس : أن البيع باطل ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه يبيع لم يؤذن له فيه ، فأشبهه ببيع الأجنبي ، فعلى هذا إن تمرد رد المبيع ضمن النقص أيضا ، وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا أو قيمته إن كان تالفاً ، ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري ، فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بائناً ، وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن ، لأن التلف حصل في يده .
وأما ما يتغابن الناس بمثله فغير ممنوع منه ، لأنه لا يمكن التحرز منه ، وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع ، وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال ، إلا أن يجيزه ، فيكون له ، هذا ظاهر كلام الحرقى ، وقال القاضى إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك ، وإن صرح للبائع أنى اشترى به لفلان فالبيع باطل أيضا .

(فصل) وهل له أن يبيع ويشتري بغير نقد البلد ؟ على روايتين .

الأولى : جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به ، كما يجوز أن يبيع عرضا بعرض ويشتريه به ، فإن قلنا . لا يملك ذلك ففعله لحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل ، وإن قال له : اعمل برأيك فله ذلك ، وهل له الزراعة ؟ يحتمل أن لا يملك ذلك ، لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها الزراعة ، وقد روى عن أحمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعاً فربح فيه ، فالمضاربة جائزة والربح بينهما ، قال القاضى : ظاهر هذا : أن قوله اتجر

بما شئت دخلت فيه المزارعة لأنها من الوجوه التي يتغنى بها التاء ، وعلى هذا لو توى المال كله في المزارعة لم يلزمه ضمانه .

(فصل وله أن يشتري المغيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المغيب فإن اشتراه يظنه سليما فيان معيافله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالمغيب أو إمساكه وأخذ أرش المغيب فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لأن المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الأمر على ما فيه الحظ ، وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المغيب فطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه ، إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعا ، فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه ، فلم يحز إدخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه ، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه .

(فصل) وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه لأن عليه فيه ضررا ، فإن اشتراه يأذن رب المال صح لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه ، فإذا أذن لغيره فيه جاز ، ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه لأنه قد تلف ، ويكون محسوبا على رب المال ، فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة ، وإن كان في المال ربح جعل العامل بحصته منه ، وإن كان بغير إذن رب المال احتل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئا بأكثر من ثمنه ، ولأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك ، وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد ، وليس له دفع الثمن من مال المضاربة ، وإن فعل ضمن ، وبهذا قال الشافعي وأكثر الفقهاء ، وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لأنه مال متقوم قابل للعقود ، فصح شراؤه كما لو اشترى من ثمر رب المال اعتاقه ، ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه ، ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد ، علم بذلك أو جهل ، لأن مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان .

أحدهما : قيمته لأن الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلّفه بفعله ..

والثاني : الثمن الذي اشتراه به لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف — بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ، ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه ، وقال أبو بكر : ان لم يكن العامل عالما بأنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف — حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى معيّا لم يعلم بعيبه فتلف به . قال : ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح ، فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف — الصداق ؟ فيه وجهان ، ذكرناهما في غير هذا الموضع ، فإن قلنا : يلزمه رجع به على العامل لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، وان اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح الشراء اذا كان بغير اذن لأنها لأن الاذن انما يتناول شراء مالها فيه حظ : وشراء زوجها يضر بها لأنه يفسخ نكاحها ويضر بها ، ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كسراء ابنها .

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه : لجاز كما لو اشترى أجنبيا ، ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة ، وانما هو بسبب آخر ، ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعق : فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا : يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لأنه الذي أتلّف عليهم بالعتق ، وان نهاه عن الشراء فالشراء باطل لأنه يملكه بالاذن وقد زال بالنهاي ، وان أطلق الاذن ، فقال أبو الخطاب : يصح شراؤه لأن من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي ، وهذا قول أبي حنيفة اذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا ، وقال القاضي : لا يصح ، لأن فيه اتلافا على السيد فان اذنه يتناول ما فيه حظ ، فلا يدخل فيه الاتلاف ، وفارق عامل المضاربة لأنه يضمن القيمة فيزول الضرر ،

والشافعي قولان كالوجهين ، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح ؟ على وجهين أيضا ، كشراء من يعتق بالشراء .

(فصل) وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح . الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء ، وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا : يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ما ملكه . وان قلنا : يملكه بالظهور ففيه وجهان

أحدهما : لا يعتق ، وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك .

والثاني : يعتق بقدر حصته من الربح ، ان كان معسرا ، ويقوم عليه باقيه ان كان موسرا ، لانه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله ، وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة ، لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسرا .

ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهرا وقت الشراء ، وقال الشافعي ، ان اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين ، لانه يؤدي الى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال .

ولنا أنها شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكي العنان

(فصل)

وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال ، لأن الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال ألفا فاشترى عبدا بألف ثم اشترى عبدا آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وان اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه فوقع له ، وهل يقف على اجازة رب المال ؟ على روايتين . ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا .

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعله المهر والتعزير ، وان عاقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لأنها عاقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ، ولا تصير أم ولد له

كذلك . وإن ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له ، وعليه قيمتها ونحو هذا قال سفيان وإسحاق ، وقال القاضي : إن لم يظهر ربح فعليه الحد لأنه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك ، والمنصوص عن أحمد : أن عليه التعزير ، لأن ظهور الربح يثبت على التقويم ، والتقويم غير متحقق ، لأنه يحتمل أن السلع تساوى أكثر مما قومت به ، فيكون ذلك شبهة في درء الحد لأنه يدرأ بالشبهات .

(فصل)

وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً : لأنه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف : فإن فعل فلا حد عليه ، لأنها مملوكة ، وإن علفت منه صارت أم ولده وولد له حر كذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المال ، فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

(فصل) وإذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشتري جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته : لأن استباحة البضع لا تحصل إلا بملكه لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الأمة ، لأنه ينقصها ولا مكاتبه العبد لذلك فإن اتفقا على ذلك جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم وحرب وعبد الله قال : إن أذن له رب المال والأفلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير إذن الموكل ، ولا يصح هذا التخرج وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين .

أحدهما . أنه إنما دفع إليه المال ههنا ليضارب به ويدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل .

الثاني : أن هذا يوجب في المال حقاً لغيره ، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه ، وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر : هو في الضمان والتصرف

كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال ان كان باقيا ، وبرد بدله ان كان تالفا أو تعذر رده فإن طالب الاول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على وجه الامانة وان علم بالحال رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وان ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الاول ، وان لم يعلم فهل يرجع على الاول ؟ على وجهين

أحدهما : يرجع عليه لانه غره فأشبهه ما لو غره بخرية أمة

والثاني : لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه ، وان ربح في المال فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل ، وهل للثاني أجر مثله ؟ على روايتين

أحدهما : له ذلك لانه عمل في مال غيره بعرض لم يسلم له ، فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة

والثانية : لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضا كالغاصب وفارق المضاربة لانه عمل في ماله بإذنه ، وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ، ويحتمل أنه اذا اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه ما لو لم ينقد الثمن من مال رب المال ، قال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم ، يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ، ويحتمل أنه ان كان عالما بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب ، وان جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بعرض لم يحصل له ، فوجب أجره عليه ، كما لو استعمله في مال نفسه ، وقال القاضي . ان اشترى بعين المال فالشراء باطل ، وان كان اشترى في الذمة ثم نقد المال ، وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف ، فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف ، والنصف الآخر بينهما ، فهو على ما اتفقوا عليه ، لان رب المال رضى بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه ، والعاملان على ما اتفقا عليه ، وهذا قول قديم للشافعي ، وليس هذا موافقا لأصول المذهب ، ولا لنص أحد ،

فان أحد قال : لا يطيب الربح للمضارب ، ولأن المضارب الأول ليس له عمل ولا مال ، ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منها ، والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره ، كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربة ، ولأنه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة ، فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى .

(فصل)

وان أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك ، نص عليه أحد ، ولا نعلم فيه خلافا ، ويكون العامل الأول وكيلاً لرب المال في ذلك ، فاذا دفعه الى آخر ولم يشترط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً ، وان شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لأنه ليس من جهته مال ولا عمل ، والربح انما يستحق بواحد منها ، وان قال : اعمل برأيك أو بما أراك الله ، جاز له دفعه مضاربة ، نص عليه ، لأنه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك ، لأن قوله . اعمل برأيك يعنى في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله اذنه .

(فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ، فان فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة ، فان قال له ، اعمل برأيك جاز له ذلك ، وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله : لأن ذلك ليس من التجارة .

وانما أنه قد يرى الخلط أصح له . فيدخل في قوله . اعمل برأيك . وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها . الا أن يقول : اعمل برأيك فيملكها .

(فصل) وليس له أن يشتري خمرأ ولا خنزيراً . سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً . فان فعل فعليه الضمان . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ان كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها . لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ومحمد ، يصح شراؤه إياها ، لان الملك فيها ينتقل الى الوكيل . ولا يصح بيعه . لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله .

ولنا أنه إن كان العامل مسلماً فقد اشترى خيراً ، ولا يصح أن يشتري خيراً ولا يبيعه ؛ وإن كان ذمياً فقد اشترى للمسلم مالا يصح أن يملكه ابتداءً ، فلا يصح ، كما لو اشترى الخنزير ، ولأن الخمر محرمة فلا يصح شراؤها كالخنزير والميتة ، لأن مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم ، وكل ما جاز في الشركة جاز في المضاربة ، وما جاز في المضاربة جاز في الشركة ، وما منع منه في أحدهما منع منه في الأخرى ، لأن المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والأمانة

مسألة ، قال (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر ، إذا كان فيه ضرر على الأول . فإن فعل وربح رده في شركة الأول)

وجملة ذلك : أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الأول جاز ، وإن لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضاً ، بغير خلاف ، وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن : مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج إلى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الأول ويكون المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته ، لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء : يجوز ، لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها ، فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر ، وكالاجير المشترك .

ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء ، فإذا فعل ما تمنعه لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق مالا ضرر فيه ، فعلى هذا إذا فعل وربح رد الربح في شركة الأول ويقتسمانه ، لينظر ما ربح في المضاربة الثانية ، فيدفع إلى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الأولى ، لأنه استحق حصته من الربح بالمفعة التي استحققت بالعقد الأول فكان بينهما كربح المال الأول .

فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع إليه ، لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ، ولأننا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى لاختص الضرر برب المال الثاني ، فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل وبما ابتغى إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ، ولأنه لا يخلو إما أن

يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها ، فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال ، وللضارب أجر مثله ، وان حكمتا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط ، والنظر يقتضى أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئاً ، لانه إنما يستحق بمال أو عمل ، وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل ، وتعدى المضارب انما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ، ولو أوجب عوضاً لاوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني ، والله أعلم .

(فصل)

وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة فكله رجل في أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ولا ضرر فيها ، فقال أحمد : اذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة ، فانها تشغله عن المال الذي يضارب به ، قيل : فان كانت لا تشغله فقال : ما يعجبني أن يكون الا باذن صاحب المضاربة ، فانه لا بد من شغل ، وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب ، وان فعل فلا شيء عليه : لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه .

(فصل) وإن أخذ من رجل مضاربة ، ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه أو اتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه .

(فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضاً ، ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا ، فانهما يصطلحان عليهما ، كما لو كانت لرجل حنطة فاتتالت عليه أخرى : وذكر القاضى في ذلك وجهين .

أحدهما : يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين .

والثاني : يكونان للعامل ، وعليه أداء رأس المال ، والربح له والخسران عليه وللشافعى قولان كالوجهين ، والاول أولى ، لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين ، فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه ، كما لو لم يكونا في يد المضارب ، ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تفریطه

سبباً لانفرادها بالربح وحرمة ان المتعدى عليه ، وعكس ذلك أولى ، وان جعلناهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه ، وليس له فيه مال ولا عمل .

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه ، فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابه ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وعن علي رضي الله عنه : لا ضمان على من شورك في الربح ، وروى معنى ذلك عن الحسن والزهرى .

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ، ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه ، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال ، نص عليه أحمد ، وبه قال أبو قلابه ونافع ، وعن أحمد : أنهما يتصدقان بالربح ، وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد .

قال القاضي : قول أحمد : يتصدقان بالربح ، على سبيل الورع ، وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي : وقال إياس بن معاوية ومالك : الربح على ما شرطاه ، لأنه نوع تعد ، فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه كالموالبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها .

وقال القاضي : اذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال ، وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين ، والأخرى هو موقوف على اجازة المالك ، فإن أجازته صح والا بطل ، والمذهب الأول نص عليه أحمد في رواية الأثرم ، وقال أبو بكر : لم يرو أنه يتصدق بالربح الا حبل .

واخرج أحمد بحديث عروة البارقي ، وهو ما روى أبو ليلى عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً ، فقال : عروة ائت الجلب ، فاشتر لنا شاة ، فأتيت الجلب فساومت صاحبه ، فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما ، فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منهما شاة بالدينار ، فجئت بالدينار وبالشاة ، فقلت : يا رسول الله . هذا دينارك ، وهذه شاتكم قال : وكيف صنعت ؟ لحدثته الحديث . فقال : اللهم بارك له في صفقة يمينه ،

رواه الأثرم ، ولأنه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان له ، كما لو غصب حنطة فزرعها ، فأما المضارب فقيه روايتان .

إحداهما : لا شيء له ، لأنه عقد عقدا لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالفاسد وهذا اختيار أبي بكر .

والثانية : له أجر . لأن رب المال رضى بالبيع وأخذ الربح ، فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده بإذن ، وفي قدر الأجر روايتان .

إحداهما : أجر مثله ما لم يحط بالربح لأنه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة .

والثانية : له الأقل من المسمى أو أجر المثل لأنه إن كان الأقل المسمى فقد رضى به ، فلم يستحق أكثر منه وإن كان الأقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه ، لأنه لم يعمل ما رضى به ، وإن قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة ، وقال القاضي وأبو الخطاب إن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له ، رواية واحدة ، وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه . من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه وإحرازه في الصندوق ومحو ذلك ، ولا أجر له عليه لأنه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فلا أجر عليه خاصة لأن العمل عليه ، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله ، وله أن يكثرى من عمله ، نص عليه أحمد ، لأن العمل في المضاربة غير مشروط لشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعاً فلا أجر له ، وإن فعله لياخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في المنصوص عن أحمد ، وخرج أصحابنا وجهاً . أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه ، هل له أجر لذلك ؟ على روايتين ، وهذا مثله ، والصحيح : أنه لا شيء له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي .

فصل

وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين ، وفي الآخر : ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة ، فلا تدخل فيه الخصومة ، والاول أولى لانه يقتضى حفظ المال ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة ، سيما إذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فإنه لا يطالب له إلا المضارب فإن تركه ضاع ، فعلى هذا إن ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه ، وإن كان رب المال حاضرا وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله .

(فصل) وإذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ، ان شاء اقتصر وان شاء عفا على غير مال ، وتبطل المضاربة فيه اذ هاب رأس المال ، وإن شاء عفا على مال فإن عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها : والربح بينهما على شرطهما لانه وجد بدل عن رأس المال : فهو كما لو وجد بدله بالبيع ، وإن كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه ، والحكم في انقاسخ المضاربة وبقائها على ما تقدم .

مسألة ، قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)

يعنى أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح ، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صفقة والربح في أخرى ، أو أحدهما في سفره والآخر في أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال ، وما لم يفضل فليس بربح ، ولا نعلم في هذا خلافاً : وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذى ذكره القاضى مذهباً ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وحكى أبو الخطاب روايه أخرى . أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك ، والشافعى قولان كالمذهبين ، واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ، ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان .

ولنا أن الشرط صحيح . فيثبت مقتضاه ، وهو أن يكون له جزء من الربح ، فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من ائيرة لظهورها . وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ، ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ، ورب المال لا يملكه اتفاقا ، ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب : ولأنه يملك المطالبة بالقسمه ، فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح ، وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ، ولأنه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ، ثم قال أحمد . إذا وطى المضارب جارية من المضاربة فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده ، وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده ، وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور .

(فصل) وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربه بخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فإن الخسران لا ينقص به رأس المال لأنه قد يربح فيجبر الخسران ، لكنه ينقص بما أخذه رب المال ، وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم ؛ ويبقى رأس المال مائتين وثمانية دراهم وثمانية أتساع درهم وإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين ؛ لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران ، وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع ، وكذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقى رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاثا لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلاثان وحظها من الربح ثلاثة وثلاث ؛ ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين ، لأنه أخذ نصف المال فبقى نصف المال ، وإن أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلاثا . لأنه أخذ ربع المال وسدسه فبقى ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا ، وإن أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة . لأن ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة ، فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لفارقتها إياه ، وقد أخذ من الربح عشرة ، لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما ،

وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقى رأس المال خمسة وعشرين .

فصل إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين ، وهو قول الشافعي ، ويصح في الأخرى ، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة . لأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه ، وكألو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له ، كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه ، وفارق المكاتب . فإن السيد لا يملك ما في يده ، ولهذا لا يزكبه ، وله أخذ ما فيه شفعة بها ، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ، ويحتمل أن يصح إذا استغرقت الديون . لأن الغرماء يأخذون ما في يده ، والصحيح الأول لأن ملك السيد لم يزل عنه وإن استحق أخذه كمال المفلس .

(فصل) وإن اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح ، نص عليه أحمد ، وبه قال مالك والثوري والأوزاعي وإسحاق ، وحكى ذلك عن أبي حنيفة ، وقال أبو ثور : البيع باطل لأنه شريك .

ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كألو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً إذا ظهر ربح لأنه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما ستذكره .

فصل

وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لأنه ملكه ، وهل يصح في حصة شريكه ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وتخرج الصفقة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه ، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز ، لأنه يشتري ملك غيره ، وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ، إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس ، وإن علما كيله فلا بد من كيله ، يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز .

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز ، نص عليه أحمد في رواية صالح ، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان .

أحدهما : الجواز . لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كمال الأجنبي .

والأخرى : لا يجوز . لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل ، ولا يمكن إيفاء العمل في المشترك . لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر ، فإذا لا تجب الأجرة ، والدار والغرائر لا يعتبر فيها إيقاع العمل إنما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه .

« مسألة ، قال (وإذا اشترى سلعتين فربح في أحدهما وخسر في الأخرى جبرت الوضعية من الربح)

وجملته : أنه إذا دفع إلى المضارب ألفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ، ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الألفين ، وبهذا قال الشافعي إلا فيما إذا تلف أحد العبدین فإن أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً أن التالف من رأس المال . لأنه بدل أحد الألفين ، ولو تلف أحد الألفين كان رأس المال ، فكذلك بدله .

ولنا أنه تلف بعد أن دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح ، كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً فاشترى به سلعتين ، ولأنهما سلعتان تجبر خسارة أحدهما بربح الأخرى فجبر تلفها به ، كما لو كان رأس المال ديناراً ، ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا ، فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف ، وكان رأس المال الباقي خاصة ، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي : أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معاً ، لأن المال إنما يصيره قراضاً بالقبض ، فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده .

ولنا أنه مال ملك على جهته قبل التصرف فيه : فكان رأس المال الباقي كما لو تلف - قبل القبض وفارق ما بعد التصرف ، لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح .

(فصل) وإذا دفع اليه ألفا مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصارا مضاربة واحدة ، كما لو دفعهما اليه مرة واحدة ، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يحز ، لان حكم الاول استقر فكان ربحه وخسراته مختصا به فضم الثاني اليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر ، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد ، فإن نض الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى ، وان لم يأذن له في ضم الثاني الى الاول لم يحز له ذلك : نص عليه أحمد ، وقال اسحاق : له ذلك قبل أن يتصرف في الاول .

ولنا أنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك .

(فصل)

قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب بربح ويضع مرارا ، فقال : يرد الوضعية على الربح : الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول : اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضعية الاول ، فهذا ليس في نفسى منه شيء ، وأما ما لم يدفع اليه فحتى يحتسبا حسابا كالقبض ، كما قال ابن سيرين ، قيل : وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال : يظهر المال يعني ينض ويحصى ، فيحتسبان عليه ، فان شاء صاحب المال قبضه ، قيل له : فيحتسبان على المتاع ؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض ، لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب : قيل لأحمد : رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ، ثم قال له : اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال : يقاسمه ما فوق الالف ، يعني اذا كانت الالف فاضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها ، فهذا الحساب الذي كالقبض ، فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية . كما لو قبضها منه ثم ردها اليه ، فأما قبل ذلك فلا شيء .

للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا بإذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فحسر مكان على المضارب رد ما أخذه من الربح ، لأننا تدبنا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة .

(فصل)

وإذا قارض في مرضه صح ، لأنه عقد يتغى به الفضل ، فأشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح ؛ وإن زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه . لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال ، وإنما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ، بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجر ، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه ، لأن الأجر يؤخذ من ماله ، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة . واحتمل أن يكون من ثلثه لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه ، والربح لا يخرج عن بين المال إنما يحصل بالتقليب .

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئا من نصيبه ، لأنه يملك الربح بالظهور ، فكان شريكا فيه ، وليس لرب المال شيء من نصيبه ، فهو كالشريك بماله ، ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدما كحق الجناية ، ولأنه متعلق بالمال قبل الموت ، فكان أسبق كحق الرهن .

(فصل) وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار ديناً في ذمته ، ولصاحبه أسوة الغرماء ، وقال الشافعي : ليس على المضارب شيء ، لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت ، فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك .

ولنا أن الأصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ، ولا سبيل إلى معرفة عينه ، فكان ديناً كالوديعة إذا لم تعرف عينها ، ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال ، لأن الأصل بقاءه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ، ولا سبيل

إلى إعطائه عيناً من هذا المال لأنه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة : فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

« مسألة ، قال (وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلاً لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال)

وجملته : أن الربح إذا ظهر في المضاربة لم يجوز للمضارب أخذ شيء منه بغير إذن رب المال ، لأنعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً . وإنما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة أحدها . أن الربح وقاية لرأس المال . فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له . فيخرج بذلك عن أن يكون ربها

الثاني : أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه

والثالث : أن ملكه عليه غير مستقر ، لأنه بعرض أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال ، وإن أذن رب المال في أخذ شيء جاز ، لأن الحق لها لا يخرج عنها

فصل

وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع ، لأنه إن كان رب المال فلائنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح ، وإن كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا على ذلك جاز ، لأن الحق لها وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئاً معلوماً ينفقه ، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين عما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين . وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق

وقال أبو حنيفة . لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله قال ابن المنذر إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله ، فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة أن المال لها . لجاز لها أن يقتسما بعضه كالشريكين ، أو نقول إنهما شريكان ، لجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي الغنم

(فصل)

والمضاربة من العقود الجائزة ، تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان . وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه ، لأنه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل ، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده ، فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه ، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز ، لأن الحق لهما لا يعدوهما ، وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع ، وهو قول إسحاق والثوري ، لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع ، وإن لم يظهر ربح لم يجبر ، لأنه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

وقال بعضهم فيه وجه آخر أنه يجبر على البيع ، لأنه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل ، فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح إلى حين الفسخ ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم . ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للبعير والشفيع أن يدفعوا قيمة ذلك لأنه مستحق للأرض فهنا أولى ، وما ذكرناه من احتمال الزيادة بزيادة أمزائد أو راغب على قيمته ، فإنما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل ، وإن طلب رب المال البيع وأبى العامل فقيه وجهان

أحدهما يجبر العامل على البيع ، وهو قول الشافعي ، لأن عليه رد المال ناضا كما أخذه . والثاني لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح ، لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال ، فأشبهه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده ، ولو كان رأس المال دنائير فصار دراهم . أو دراهم فصار دنائير ، فهو كما لو كان عرضا على ما شرح ، وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي ، لأنه شركة بينهما ، ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ، ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد إليه رأس ماله على صفته ، ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وإن انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه ، سواء ظهر في

المال ربح أو لم يظهر . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : ان ظهر ربح لزمه تقاضيه ، وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه ، لأنه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل .

ولنا أن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته ، والديون لا تجرى مجرى الناض فلزمه أن ينضه ، كما لو ظهر في المال ربح ، وكما لو كان رأس المال عرضا : ويفارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه ، ولهذا لا يلزمه بيع العروض ، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال ، فإن اقتضى منه قدر رأس المال ، أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا ، لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ، ووصول كل واحد منها إلى حقه منه ، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) وأى المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض . لأنه عقد جاز فانفسح بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل : فإن كان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ، ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصته العامل من الربح شركة له مشاعة . وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك ذو العامل ، وذلك لا يمنع التصرف ، فإن كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد : جوازه . لأنه قال في رواية علي بن سعيد . إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ولا يشتري إلا بإذن الورثة ، فظاهر هذا : بقاء العامل على قراضه ، وهو منصوص الشافعي لان هذا اتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لأنه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات . وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز ، لان القراض قد بطل بالموت ، وهذا ابتداء قراض على عروض ، وهذا الوجه أقيس . لان المال لو كان ناضا كان ابتداء قراض : وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال : وان كان المال ناضا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء

القراض فلو جوزنا ابتداء القراض هنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً ؛ وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشتري بإذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض ، فأما ان مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه ، فإن كان ناضاً جاز ، كما قلنا فيما إذا مات رب المال ، وإن كان عرضاً لم يجوز ابتداء القراض إلا على الوجه الذى يجوز ابتداء القراض على العروض ، بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد ، لأن الذى كان منه العمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يبنى عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك ، فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع ، لأن رب المال إنما رضى باجتهاد مورثه ، فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم لبيعه ، فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء ، لأن القراض انفسخ ، فأما البيع فإن الحكم فيه وفى التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حى .

(فصل)

إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذى تعلق العقد به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له ، والتمن عليه ، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك ، وهل يقف على إجازة رب المال ؟ على روايتين .
 إحداهما : ان إجازته فالتمن عليه والمضاربة بحالها ، وإن لم يحزه لزم العامل .
 والثانية : هو للعامل على كل حال ، فإن اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ، ويلزم رب المال الثمن ، ويصير رأس المال الثمن دون التالف ، لأن الأول تلف قبل التصرف فيه ، وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال : رأس المال هذا والتالف . وحكى ذلك عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ولنا أن التالف تلف قبل التصرف فيه ، فلم يكن من رأس المال ، كما لو تلف

قبل الشراء ، ولو اشترى عبدين بمال المضاربة ف تلف أحد العبدین كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه ، لأنه تلف بعد التصرف فيه ، وإن تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله ، فإن دفع اليه رب المال بعد ذلك ألفاً كان الألف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الأولى ، لأنها انفسخت لذهاب مالها .

« مسألة ، قال ١ وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما ، كان الربح بينهما والوضيعة على المال »

وجملته : أنه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل ، لا نعلم فيه خلافاً والعقد صحيح ، نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة ومالك ، وروى عن أحمد : أن العقد يفسد به ، وحكى ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد ، فافسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم ، والمذهب الأول . ولنا أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به ، كما لو شرط لزوم المضاربة ، وفارق شرط الدراهم ، لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح بجهولة .

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين . صحيح ، وفاسد . فالصحيح : مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو أن يسافر به ، أو لا يتجر إلا في بلد بعينه ، أو نوع بعينه ، أو لا يشتري إلا من رجل بعينه . فهذا كله صحيح ، سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم ، والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل . وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال مالك والشافعي : إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده ، كالياقوت الأحمر والحبل البلق ، لم يصح ، لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التقلب وطلب الربح ، فلم يصح ، كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري إلا من فلان ، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به .

ولنا أنها مضاربة خاصة : لا تمنع الربح بالكلية ، فصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده ، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع ، فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة ، وقولهم : إنه يمنع المقصود : ممنوع وإنما يقله

وتقليله لا يمنع الصحة ، كتخصيصه بالنوع ، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال ، فانه يمنع الربح بالكلية ، وكذلك إذا قال : لا تبع إلا من فلان ، ولا تشتري إلا من فلان ، فانه يمنع الربح أيضاً ، لأنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به ، ولهذا لو قال : لا تبع إلا بمن اشتريت منه ، لم يصح لذلك .

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول : ضاربتك على هذه الدراهم سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتري ، قال منها سألت أحد عن رجل أعطى رجلاً ألفاً مضاربة شهراً ؟ قال : إذا مضى شهراً يكون قرضاً قال : لا بأس به ، قلت : فإن جاء الشهر وهي متاع ؟ قال : إذا باع المتاع يكون قرضاً ، وقال أبو الخطاب : في صحة شرط التأقيت روايتان .

إحداهما : هو صحيح . وهو قول أبي حنيفة :
والثانية : لا يصح ، وهو قول الشافعي ومالك ، واختيار أبي حفص العكبري
لثلاثة معان :

أحدها : أنه عقد يقع مطلقاً ، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح .
الثاني : أن هذا ليس من مقتضى العقد ، ولا له فيه مصلحة ، فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد : أنه يقتضي أن يكون رأس المال ناضياً ، فإذا منعه البيع لم ينض .

الثالث : أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل ، لأنه قد يكون الربح ، والحظ في بقية المتاع ، وبيعه بعد السنة ، فيمتنع ذلك بمضيها .

ولنا أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع ، فجاز توقيته في الزمان كالوكالة ، والمعنى الأول الذي ذكره يبطل بالوكالة والوديعة ، والمعنى الثاني والثالث : يبطل تخصيصه بنوع من المتاع ، ولأن لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت ، إذا رضى أن يأخذ بماله عرضاً ، فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال : إذا انقضت السنة فلا تشتري شيئاً ، وقد سلوا صحة ذلك

(فصل) وإذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح ، سواء كان في الحضر أو السفر وقال الشافعي . لا يصح في الحضر .

ولنا أن التجارة في الحضر إحدى حالتى المضاربة ، فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ، ولأنه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح ، كما لو اشترطها في الوكالة .

(فصل ' والشروط الفاسدة : تنقسم الى ثلاثة أقسام :

أحدها : ما يناقى مقتضى العقد ، مثل أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدة بعينها ، أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل ، أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه ، أو شرط ألا يشتري ، أو لا يبيع ، أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة ، لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح ، أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل .

القسم الثانى : ما يعود بجهالة الربح ، مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً ، أو ربح أحد الكسبين ، أو أحد الالفين أو أحد العدين ، أو ربح إحدى السفرتين ، أو ما يربح في هذا الشهر ، أو أن حق أحدهما في عبديشتريه ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه ، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبى فهذه شروط فاسدة ، لأنها تفضى الى جهل حق كل واحد منهما من الربح ، أو الى فواته بالكلية ، ومن شرط المضاربة : كون الربح معلوماً .

القسم الثالث : اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر : أو يأخذه بضاعة أو قرصاً ، أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع ، مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعه ، أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك ، فهذه كلها شروط فاسدة ، وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع معللاً ، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة ، لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خيراً أو خنزيراً ؛ ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضى الى التنازع والاختلاف ، ولا يعلم ما يدفعه الى المضارب .

وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمتخصص عن أحمد فى أظهر الروايتين عنه : أن العقد صحيح ، ذكره عنه الأثرم وغيره ، لانه عقد يصح على مجهول ،

فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنكاح والعناق والطلاق ، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى : أنها تفسد العقد ، لأنه شرط فاسد ، فافسد العقد ، كشرط دراهم معلومه ، أو شرط أن يأخذ له بضاعه ، والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء .

(فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة :

أحدها : أنه إذا تصرف نفذ تصرفه ، لأنه أذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقي الاذن ، فملك به التصرف كالوكيل .

فإن قيل : فلو اشترى الرجل شراء فاسدا ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه ، مع أن البائع قد أذن له في التصرف . قلنا : لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن ، فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له ، فإذا لم يملك لم يصح ومهنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن ، لأنه أذن له في تصرف يقع له .

الفصل الثاني : أن الربح جميعه لرب المال ، لأنه نماء ماله إنما يستحق العامل بالشرط ، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط ، فلم يستحق منه شيئا ، وكان له أجر مثله ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعي ، واختار الشريفي أبو جعفر : أن الربح بينهما على ما شرطاه : واحتج بما روى عن أحمد أنه قال : إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه ، قال . وهذه الشركة فاسدة ، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة ، فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح ، قال : ولا أجر له ، وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة ، وقد ذكرنا هذا ، قال القاضي أبو يعلى : والمذهب ما حكينا ، وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض ، وحكى عن مالك : أنه يرجع الى قراض المثل ، وحكى عنه أن لم يربح فلا أجر له ، ومقتضى هذا : أنه ان ربح فله الاقل مما شرط له أو أجر مثله ، ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا ، لأنه اذا كان الاقل ما شرط له فقد رضى به ، فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد .

ولنا أن تسمية الربح من توابع المضاربة أو ركن من أركانها ، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى اذا كان

العقد فاسداً ، وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل ، لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه : وذلك متعذر فتجب قيمته وهو أجر مثله ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا وتلف أحد العوضين في يد القابض له وجب رد قيمته ، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر ، فأما أن رضى المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول : قارضتك والربح كله لى ، فالصحيح أنه لا شيء للمضارب هنا ، لأنه تبرع بعمله ، فأشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل أو أخذه بضاعة .

الفصل الثالث في الضمان ، ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده ، وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه ، فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ، ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا فعله ، فكذا هنا ، وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرناها قبل هذا .

مسألة ، قال (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين . مضارب بالدين الذى عليك) نص أحمد على هذا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة ، وعن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الراى ، وبه قال الشافعى ، وقال بعض أصحابنا : يحتمل أن تصح المضاربة ، لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ، ودفع الدين الى من أذن له في دفعه اليه فترا ذمته منه ، ويصير كما لو دفع اليه عرضاً وقال : بعه ومضارب بضمنه ، وجعل أصحاب الشافعى مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال ، وللمضارب أجر مثله : لأنه علقه بشرط ، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط ، والمذهب : هو الأول ، لأن المال الذى فى يدى من عليه الدين له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجب القبض هنا ، وإن قال له : اعزل المال الذى لى عليك ، وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين

ذلك المال شيئاً للمضاربة ، وقع الشراء للمشتري ، لأنه يشتري لغيره بمال نفسه
فحصل الشراء له . فإن اشترى في ذمته فكذلك ، لأنه عقد القراض على مالا يملكه
وعلقه على شرط لا يملك به المال .

(فصل) وإن قال لرجل : اقبط المال الذي على فلان واعمل به مضاربة
فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً ، ويكون وكيلاً في قبضه مؤثماً عليه ، لأنه
قبضه بإذن مالكه من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربة ، كما لو قال : اقبط المال
من غلامي وضارب به ، قال منها . سألت أحمد عن رجل قال : أقرضني ألفاً شهراً
ثم هو بعد الشهر مضاربة ؟ قال : لا يصلح . وذلك لأنه إذا أقرضه صار ديناً عليه
وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ، ولو قال : ضارب به شهراً
ثم خذه قرضاً جاز . لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصل)

ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ، ولا يجوز أن يكون
مجهولاً ولا جزافاً ، ولو شاهدها . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو ثور وأصحاب
الرأي : تصح إذا شاهدها . والقول قول العامل مع يمينه في قدره لأنه أمين رب
المال . والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به .

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به . كما لو لم يشاهدها . وذلك لأنه لا يدرى
بكم يرجع عند المفاصلة ؟ ولأنه يفضى إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح
كما لو كان في الكيس . وما ذكرناه يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهدها .

(فصل) ولو أحضر ككيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال :
قارضتك على أحدهما لم يصح . سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لأنه عقد تمنع
صحته الجهالة . فلم يجز على غير معين كالبيع .

مسألة ، قال (وإن كان في يده ودیعة جاز له أن يقول : ضارب بها) .

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال الحسن : لا يجوز حتى
يقبضها منه ، قياساً على الدين .

ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضارب به عليها : كما لو كانت

حاضرة ، فقال : قارضتك على هذا الألف ، وأشار إليه في زاوية البيت ، وفارق الدين ، فإنه لا يصير عين المال ملكا للغير إلا بقبضه ، ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يحز أن يضاربه عليها لأنها صارت دينا .

(فصل : ولو كان له في يد غيره مال مضمون فضارب الغاصب به صح أيضا لانه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة . وإن تلف وصار في الذمة لم تجز المضاربة به ، لانه صار دينا ومتى ضاربه بالمال المضمون زال ضمان الغصب بمجرد عقد المضاربة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال القاضي : لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمتا ، وهو مذهب الشافعي ، لان القراض لا ينافي الضمان بدليل ما لو تعدى فيه .

ولنا أنه ممسك للمال يأذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه ، فأشبهه ما لو قبضه إياه .

(فصل : والعامل أمين في مال المضاربة لانه متصرف في مال غيره يأذنه لا يختص بنفعه فكان أمينا كالوكيل ، وفارق المستعير . فإنه قبضه لمنفعته خاصة وههنا المنفعة بينهما ، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال ، قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وبه نقول . ولانه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره ، والقول قول المنكر ، وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه ، وما يدعى عليه من خيانه وتفريط ، وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة لان الاختلاف ههنا في نيته ، وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه ، فكان القول قوله فيما نواه ، كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ، ولانه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ، ولو اشترى عبدا فقال رب المال . كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل ، فالقول قوله . لان الاصل عدم النهي ، وهذا كله لا نعلم فيه خلافا .

(فصل) وإن قال ، أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة ، قال بل أذنت لك في البيع نقدا ، وفي الشراء بخمسة ، فالقول قول العامل ، نص عليه أحمد ،

وبه قال أبو حنيفة : ويحتمل أن القول قول رب المال : وهو قول الشافعي لأن الأصل عدم الاذن ، ولأن القول قول رب المال في أصل الاذن ، فكذلك في صفته .

ولما أنها اتفقا على الإذن واختلفا في صفته ، فكان القول قول العامل ، كما لو قال : قد نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي .

(فصل) وإن قال : شرطت لي نصف الربح ، فقال : بل ثلثه . فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : القول قول رب المال ، نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر ، لأن رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له ، والقول قول المنكر .

والثانية : أن العامل إذا ادعى أجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله ، وإن ادعى أكثر فالقول قوله فيما وافق أجر المثل ، وقال الشافعي : يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمبتايعين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ، ولأن الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه ، والمبتايغان يرجعان إلى رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه .

(فصل) وإن ادعى العامل رد المال فأنكر رب المال ، فالقول قول رب المال مع يمينه ، نص عليه أحمد ، ولأصحاب الشافعي وجهان ، أحدهما : كقولنا ، والآخر : يقبل قوله . لأنه أمين ، ولأن معظم النفع لرب المال ، فالعامل كالمودع .

ولنا أنه قبض المال لنفع نفسه . فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، ولأن رب المال منكر والقول قول المنكر ، وفارق المودع ، فإنه لا نفع له في الوديعة . وقولهم إن معظم النفع لرب المال : يمنعه ، وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه ، ولم يأخذه لنفع رب المال .

(فصل) وإن قال : ربحت ألفا ، ثم قال : خسرت ذلك قبل قوله لأنه أمين يقبل قوله في التلف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل ، وإن قال : غلطت أو نسيت لم يقبل قوله ، لأنه مقر بحق لا دمي ، فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بأن رأس

المال ألف ثم رجع ، ولو أن العامل خسر فقال لرجل : أقرضني ما أتمم به رأس المال لا عرضه على ربه ، فإني أخشى أن ينزعه مني إن علم بالخسارة ، فأقرضه فعرضه على رب المال وقال : هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره أن رجع ، ولا تقبل شهادة المقرض له ، لأنه يجر إلى نفسه نفعا ، وليس له مطالبة رب المال ، لأن العامل ملكه بالقرض ثم سله إلى رب المال ، ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير .

(فصل) وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف : وقال رب المال : رأس المال ألفان فصدقه أحدهما ، وقال الآخر : بل هو ألف ، فالقول قول المنكر مع يمينه فإذا حلف أن رأس المال ألف والربح ألفان فنصيبه منهما خمسمائة ، يبقى ألفا وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين ، لأن الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانها أثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثاهمائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، لأن نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل رבעه فيقسم بينهما باقى الربح على ثلاثة ، وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح ، وهذا قول الشافعي .

(فصل) وإن دفع إلى رجل ألفا يتجر فيه فربح ، فقال العامل كان قرضا ، لي ربحه كله ، وقال رب المال ، كان قراضا فربحه بيننا ، فالقول قول رب المال ، لأنه ملكه فالقول قوله في حصة خروجه عن يده فإذا حلف قسمنا الربح بينهما ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله ، لأنه إن كان أكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعى الربح كله ، وإن كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما أن القول قول رب المال في ربح ماله ، فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط وإنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، فنص أحد في روايته مهنا ، أثمما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين ،

وان قال رب المال ، كان بضاعة ، وقال العامل . بل كان قراضا احتمل أن يكون القول قول العامل لانه عمله له فيكون القول قوله فيه ، ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لا يدعى أكثر من نصيبه من الربح ، فلا يستحق زيادة عليه ، وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضا فيكون له أجر عمله وان قال رب المال : كان بضاعة ، وقال العامل ، كان قرضا ، حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير . وان خسر المال أو تلف فقال رب المال : كان قرضا ، وقال العامل ، كان قراضا أو بضاعة ، فالقول قول رب المال .

(فصل) واذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى أنه انما أنفق من ماله وأراد الرجوع ، فله ذلك سواء كان المال باقيا في يديه أو قد رجع الى مالكه ، وبه قال أبو حنيفة ، اذا كان المال باقيا في يديه ، وليس له ذلك اذا كان بعد رده . ولنا أنه أمين ، فكان القول قوله في ذلك ، كما لو كان باقيا في يده ، وكالوصى اذا ادعى النفقة على اليتيم .

(فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بالتف ، وقال ، لم أقبض ثمنه ، وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبيع برىء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه ، فبرىء المشتري منه كما لو أقر أنه قبضه بنفسه ، وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر : فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للدعى بينة ، وان كانت له بينة قضى بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له ، لانه يجر بها الى نفسه نفعا ، وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري أنه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ، ولا يشاركه فيه شريكه ، لانه معترف أنه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه ، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ، ولا تقبل شهادة شريكه عليه ، لانه يجر بها الى نفسه نفعا ، ومن شهد بشهادة تجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل ، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها ، وان ادعى المشتري أن شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن

لشريكه في القبض فهي كالتى قبلها ، وان لم ياذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن ، لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له ، لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى اجنبى ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير ، لانه مقر أن شريكه قبض حقه ، ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ، ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر ببقاء حقه ، وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركة فيما قبض ، لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فاقبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا ، وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض ، لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذى ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه فى صفقة ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ؛ ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسألتنا فإن ما يقبضه لنفسه فإن قلنا : له مشاركة فيما قبض فعليه التمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ، ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا أنه ما قبض منه شيئا ، وليس للقبوض منه أن يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقر أن المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه ، وانما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره ، وان خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه أنه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا : لانه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً : لانه اذا ثبت أن شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له ، هكذا ذكره بعض أصحابنا ؛ وعندى لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري ؛ واذا لم تكن بينة لحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه .

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بأن يستولى على العبد ويمنع أحدهما الاتفاع دون الآخر . ثم إن مالك نصفه والخاصب باع العبد

صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب ، وإن وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح ، وهل يصح في نصيب الشريك ؟ على روايتين ، بناء على تفريق الصفقة لأن الصفقة هنا وقعت واحدة ، وقد بطل البيع في بعضها ، فبطل في سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب ، فإنهما عقدان ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، ولو أن الغاصب ذكر للشريك أنه وكل في نصفه لصلح في نصيب الأذن لكونه كالعقد المنفرد .

(فصل وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد ، إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره ، فقبض أحدهما منه شيئاً فللآخر مشاركته فيه ، هذا ظاهر المذهب وقد روى عن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ، ولا يشاركه الآخر فيما أخذه ، وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد ، وقيل لأحمد : بعثت أنا وصاحبى متاعينى وبينه فأعطانى حتى وقال هذا حقتك خاصة وأنا أعطى شريكك بعد ؟ قال : لا يجوز . قيل له : فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه ، قال : يجوز ، قيل : فقد قال أبو عبيد : له أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه ؟ ففكر فيها ثم قال : هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض .

وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية : من أخذ شيئاً فهو من نصيبه . قال : فرأيت أنه قد احتج له وأجازه ، قال أبو بكر . العمل عندى على ما رواه حرب وحبل . أنه لا يجوز . وهو الصحيح ، وقد صرح به أحمد في أول هذه الرواية ، ولم يصرح بالرجوع عما قاله ، وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك فيكون المأخوذ ، والباقي جميعاً مشتركاً ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره ، وله أن يرجع على الغريم ، لأن الحق يثبت في ذمته لهما على وجه سواء ، فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر وليس للقابض منعة من الرجوع على الغريم ،

بأن يقول ، أنا أعطيك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض ، فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله : وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمنه للشريك . لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً ، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برى منه ، لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء ، وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي ، للبرى أربعة أثمانه ولشريكه خمسة أثمانه ، وإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت برأته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للمبرى ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه ، فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا ، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فللآخر إبطال الشراء ، فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك . وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي ، هل يقف على الإجازة أو لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز ، فإنه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى ، فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء . ذكره القاضي ، والاولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل ، فوجود التأجيل كعدمه

فأما إن قلنا بالرواية الأخرى وأن ما يقبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله . وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو وكيله ، فلا يثبت له فيه حق ، وكان لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبهه ما لو كان الدين بسببين . وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه ، فأشبهه تعيينه بالإبراء ، ولأنه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ، ولأن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق ، فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين ، وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته ، لأن حقه في الذمة لا في العين ، فأشبهه ما لو أخذ غاصب منه مالا ؛ فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه ، وليس لشريكه الرجوع عليه ، وإن اشترى بنصيبه ثوباً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

(فصل)

واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذمم فنقل حنبل منع ذلك ، وهو الصحيح ، لأن الذمم لا تكافأ ولا تتعادل ، والقسمة تقتضى التعديل . وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ، ولا يجوز بيع الدين بالدين ، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو ، وبهذا قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الأعيان وبه قال الحسن وإسحاق ، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه . وهذا إذا كان في ذمم ، فأما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة . لأن معنى القسمة إفراز الحق ، ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة ، والله أعلم

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه . لأن الحجر عليه إنما كان لحق سيده . فجاز له التصرف بإذنه ، وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه . لأن تصرفه إنما جاز بإذن سيده . فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل ، فإن دفع إليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشترى ويتجر فيه . وإن أذن له أن يشتري في ذمته جاز . وإن عين له نوعا من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يجوز أن يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقا ، لأن أذنه إطلاق من الحجر وفك له ، والإطلاق لا يتبعض كبلوع الصبي .

ولذا أنه متصرف بالأذن من جهة الأدمى . فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليا كله . ويخالف البلوع . فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر . فإن البلوع مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة . وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود . فنظير البلوع في الصبي العتق للعبد وإنما يتصرف العبد بالأذن . ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوع قبول النكاح بخلاف العبد ؟

(فصل) وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يوجر نفسه ولا يتوكل لأمسان وبه قال الشافعي . وأباحها أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن في التجارة ، كبيع نفسه وتزوجه ،
وقولهم : إنه يتصرف لنفسه ممنوع ، بل يتصرف لسيده ، وبهذا فارق المكاتب
يتصرف لنفسه ، ولهذا كان له أن يبيع من سيده .

(فصل وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له ، وبهذا قال
الشافعي ، وقال أبو حنيفة يصير مأذونا له : لانه سكت عن حقه ، فكان مسقطا له
كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة .

ولنا أنه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يقم السكوت مقام الاذن ، كما لو باع
الراهن الرهن والمرتهن ساكت ، أو باعه المرتهن والراهن ساكت ، وكتصرفات
الاجانب ، ويخالف الشفعة ، فإنها تسقط بمضى الزمان اذا علم ، لأنها على الفور
(فصل)

ولا يبطل الاذن بالاباق : وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يبطل ،
لانه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولاهبة ولا رهنه
فأشبه ما لو باعه .

ولنا أن الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته ، كما لو غصبه
غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره ، وما ذكروه غير صحيح ، فإن سبب
الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعه واجارته بمن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب .
(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب ، وتجوز
هبة المأكول وإعارة دابته واتخاذ الدعوة مالم يكن اسرافا ، وبه قال أبو حنيفة ،
وقال الشافعي : لا يجوز شيء من ذلك بغير اذن سيده ، لانه تبرع بمال مولاه ،
فلم يحز كسوة دراهمه .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ، وروى أبو سعيد
مولى أبي أسيد أنه تزوج ، لحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم : منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر ، فأمرهم وهو يومئذ عبد ،
رواه صالح في مسأله بإسناده ، ولأن العادة جارية بهذا بين التجار ، لحاز كما جاز
للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها .

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها فجوز العمل عليها ، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين . وأيضاً قوله تعالى (فابعثوا أحكم بورككم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة

وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي لييد لمازة بن زبار عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً ، فقال يا عروة ، أئت الجلب فاشتر لنا شاة : قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما ، فليقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة ، فقلت يا رسول الله : هذا ديناركم وهذه شاتكم ، قال وصنعت كيف ؟ قال لحدثته الحديث . قال : اللهم بارك له في صفقة يمينه . هذا لفظ رواية الاثرم .

وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له : إني أردت الخروج إلى خيبر ، فقال أئت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته ، وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة ، وأبى رافع في قبول نكاح ميمونة ، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها .

(فصل)

وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة ، حراً أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً ، وأما من يتصرف بالإذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا ، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع : وكذلك الحكم في المهور عليه

لسفه لا يوكل إلا فيما له فعله ، من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه ، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه ، إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه ، وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره ، وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك ، وهو القياس ، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين

فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له . وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين . أحدهما يجوز توكيله لأنه ليس بولي ، ووجه الوجه الآخر أنه موجب للنكاح أشبه الولي ، ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه ، فلم يجوز أن يتوكل فيه كالمرأة ، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها . ويصح توكيل العبد في قبول النكاح ، لأنه ممن يجوز أن يقبله بنفسه ، وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به . ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه ، كالمرأة في عقد النكاح وقبوله ، والكافر في تزويج مسلمة ، والطفل والمجنون في الحقوق كلها

(فصل)

والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه ، وله أن يتوكل بجعل لأنه من اكتساب المال . ولا يمنع المكاتب من الاكتساب ، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا بإذن سيده ، لأن منافعه كأعيان ماله ، وليس له بذل عين ماله بغير عوض . وللعبد أن يتوكل بإذن سيده وليس له التوكيل بغير إذن سيده ، وإن كان مأذونا له في التجارة ، لأن الإذن في التجارة لا يتناول التوكيل ، وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي ، لأنه ممن يصح تصرفه

• مسألة . قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ، ومطالبة الحقوق ، والعتق والطلاق ، حاضرًا كان الموكل أو غائبًا)

لا نعلم خلافا في جواز التوكيل في البيع والشراء . وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ، ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق . وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة

فيه وقد يحسن ولا يتفرع وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتغير بها ويحط ذلك من منزلته ؛ وأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الأدمى المخلوق له بادة الله سبحانه

ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجماعة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء . لأنها في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت، فيها حكمه . ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافا ، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول . لأن النبي صلى الله عليه وسلم ، وكل عمرو بن أمية وأبا رافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه . فإن النبي صلى الله عليه وسلم ، تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بارض الحبشة ،

ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعناق . لأن الحاجة تدعو إليه كدعاتها إلى التوكيل في البيع والنكاح .

ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات واسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش . لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، لحاز التوكيل فيه كالأبنياع والانتهاج . ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وخذ القذف واستيفائها في حضرة الموكل وغيبته لأنها من حقوق الأدميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيها . لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه

(فصل)

ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكل أو غائبا ، صحيحا أو مريضا ، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة : للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه . فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاه خصمه كالدين عليه .

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه . فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاه خصمه

كحال غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ، ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عليا رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه ، وقال : ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلى ، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال : ان للخصومة فيها : وان الشيطان ليحضرها ، وانى لا كره أن أحضرها .

قال أبو زياد : القبح المهلك ، وهذه قصص انتشرت ، لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه ، ويجوز التوكيل في الاقرار ، ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة .

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول ، فجاز التوكيل فيه كالبيع ، وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق ، وانما هو إخبار بثبوته على غيره .

فصل

ولا يصح التوكيل في الشهادة ، لأنها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه ، وان استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته ، لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل ، ولا يصح في الأيمان والندور ، لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر ، فأشبهت العبادات البدنية والحدود ، ولا يصح في الإيلاء والقسامه واللعان لأنها أيمان ، ولا في القسم بين الزوجات ، لأنه يتعلق بيد الزوج لأمر لا يوجد من غيره ، ولا في الرضاع ، لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لأمر يختص بإنبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه بلبن المرضعة : ولا في الظهار ، لأنه قول منكرو وزور ، فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ، ولا يصح في الغصب لأنه محرم : ولا في الجنايات لذلك ، ولا في كل محرم ، لأنه لا يجوز له فعله ، فلم يجز لنائبه .

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا ، والمردة : جاز التوكيل في استيفائه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال : اغد يا أنيس الى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت ، متفق عليه ، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز فرجموه ، ووكل عثمان علياً

في اقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ، و وكل على الحسن في ذلك فأبى الحسن
فوكّل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلى يعد ، رواه مسلم ، ولأن الحاجة تدعو الى
ذلك ، لان الامام لا يمكنه تولى ذلك بنفسه ، ويجوز التوكيل في اثباتها .
وقال أبو الخطاب : لا يجوز في اثباتها ، وهو قول الشافعي : لانها تسقط
بالشبهات ، وقد أمرنا بدرئها بها ، والتوكيل يوصل الى الايجاب .

ولنا حديث أنيس ، فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعا
فانه قال : فان اعترفت فأرجعها ، وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت ، وقد وكله في
اثباته واستيفائه جميعا ، ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت
في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالاختصاص بها أولى ، والوكيل يقوم
مقام الموكل في درئها بالشبهات .

وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات
جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للخرج التوكيل في اخراجها ودفعها الى
مستحقها ، ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالي من مالك ، لان النبي صلى الله
عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها ، وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن
: أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم ، فان هم أطاعوك
بذلك فإياك وكرائم أموالهم ، واتفق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله
حجاب ، متفق عليه ، ويجوز التوكيل في الحج اذا آيس المحجوج عنه من الحج
بنفسه ، وكذلك العمرة ، ويجوز أن يستتاب من يحج عنه بعد الموت .

وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز
التوكيل فيها لانها تتعلق بيدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها الا أن الصيام
المتنور بفعل عن الميت ، وليس ذلك بتوكيل ، لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل
فيه غيره ، ولا يجوز في الصلاة الا في ركعتي الطواف تبعا للحج ، وفي فعل الصلاة
المنذورة ، وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان ، ولا تجوز الاستئابة في
الطهارة الا في صب الماء وايصال الماء للأعضاء ، وفي تطهير النجاسة عن البدن
والثوب وغيرهما .

(فصل) وكل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته ونصن عليه أحد، وهذا مذهب مالك، وقال بعض أصحابنا، لا يجوز استيفاء القصاص وحده القذف في غيبة الموكل، أو ما إليه أحد، وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية، لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته فيسقط، وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء، ولأن العفو مندوب إليه، فإذا حضر احتمل أن يرحمه فيعفو، والأول ظاهر المذهب، لأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته، كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد، والظاهر أنه لو عفا لم يبعث وأعلم وكيله بعفوه، والأصل عدمه، فلا يؤثر، ألا ترى أن قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد، ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ؟ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم.

فصل

ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فانقر إلى الإيجاب والقبول، كالبيع. ويجوز الإيجاب بكل لفظ دل على الإذن نحو أن يأمره بفعل شيء، أو يقول: أذنت لك في فعله، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء، وقال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف أنهم قالوا (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دال على الإذن، فجري مجرى قوله: وكأنتك ويجوز القبول بقوله قبلت، وكل لفظ دل عليه، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو أن يفعل ما أمره بفعله، لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره، ولأنه إذن في التصرف لجاز القبول فيه بالفعل، كما كل الطعام، ويجوز القبول على الفور والتراخي، نحو أن يبلغه أن رجلاً وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه، أو يقول: قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة، لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لو كآله كان يفعلهم، وكان متراحياً عن توكيله أيام، ولأنه إذن في التصرف والأذن قائم ما لم يرجع عنه، فأشبه الإباحة، وهذا كله مذهب الشافعي.

فصل

ويجوز تعليقها على شرط ، نحو قوله : اذا قدم الحاج فبع هذا الطعام ، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فخا ، وإذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية ، وإذا طلب منك أهل شيئا فادفعه إليهم ، وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا ، أو فانت وكيل ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح ، لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن ، وإن كان وكيلاً بجعل فسد المسمى ، وله أجر المثل ، لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيع .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أميركم زيد فإن قتل لجعفر فإن قتل فعبد الله بن ربيعة ، وهذا في معناه : ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحا ، كما لو قال : أنت وكيل في بيع عبدى إذا قدم الحاج : ولأنه لو قال : وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ، ومحل النزاع في معناه ، ولأنه اذن في التصرف أشبهه الوصية والتأجير ولأنه عقد يصح بغير جعل : ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية ، فصح بالجعل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيسا في إقامة الحد وعروة في شراء شاة ، وعمرا وأبارافع في قبول النكاح بغير جعل ، وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ، ولهذا قال له أبناء عمه : لو بعثتنا على هذه الصدقات ، فتؤدى اليك ما يؤدى الناس ، ونصيب ما يصيب الناس ؟ يعنيان العمالة ، فإن كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل ان كان مما يمكن تسليمه ، كثوب ينسجه أو يقصره أو يخطه ، فمضى سله الى الموكل معمولا فله الاجر ، وان كان الخياط في دار الموكل فكلما عمل شيئا وقع مقبوضا ، فيستحق الوكيل الجعل اذا فرع الخياط من الخياطة ، وان وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله ، وان لم يقبض الثمن في البيع ، وان قال : اذا بعث الثوب وقبضت ثمنه وسلمته الى فلك الاجر . لم يستحق منها شيئا حتى يسلمه اليه فإن فاتته التسليم لم يستحق شيئا لفوات الشرط .

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فإن قال : وكلتكم في كل شيء : أو في كل قليل وكثير : أو في كل تصرف يجوز لي : أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى : يصح ، ويملك به كل ما تناوله لفظه : لانه لفظ عام فصح فيما يتناواه كما لو قال : بع مالي كله .

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً ، لانه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة : ويلزمه المهور الكثيرة والاثمان العظيمة ، فيعظم الضرر : وإن قال : اشترى ما شئت لم يصح . لانه قد يشتري ما لا يقدر على ثمنه ، وقد روى عن أحمد ما يدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا : انه جائز وأعجبه . ولان الشربك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء ، فعلى هذا ليس له ان يشتري الا بضمن المثل فما دون ، ولا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه ، ولا ما لا يرى المصلحة له في شرائه : وإن قال : بع مالي كله واقبض ديوني كلها صح لانه قد يعرف ماله وديونه ، وإن قال : بع ما شئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني جاز : لانه اذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى ، وإن قال : اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح . وقال أصحاب الشافعي . اذا قال : بع ما شئت من مالي لم يجز . وإن قال : من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس .

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبده ، وإن قال : اشترى عبداً تركياً أو ثوباً هروياً صح ، وإن قال : اشترى عبداً ، أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح ايضاً ، وقال أبو الخطاب : لا يصح ، وهو مذهب الشافعي . لانه مجهول .

ولنا انه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض .

ولا يشترط ذكر قدر الثمن . ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب ، لا يصح حتى يذكر قدر الثمن ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لان العبد متفاوت بين الجنس الواحد . وإنما تسمى بالثمن .

ولنا أنه إذا ذكر نوعاً فقد أذن في أغلاء ثمننا فيقل الغرر ، ولأن تقدير الثمن يضر ، فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جواز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الاقتراد بالتصرف فله ذلك ، لانه مأذون له فيه فإن لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الاقتراد به لانه لم يأذن له في ذلك . وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما لأن قوله افعلوا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله ، وهو بما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله . بعنكما ، حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف : ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكبلا له بغير أمره ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين ، حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرف ، لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ، ولهذا لو لم يوص الى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم ، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم ، وحكم بثبوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لأن الحاكم سمعها لهما مرة .

فإن قيل . هذا حكم للغائب ، قلنا . يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف — الذي ثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه في الحال ، كذا ههنا ، وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف . وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ، ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء . وقال أبو حنيفة : إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الاقتراد بها .

ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء .

مسألة ، قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه . إلا أن يجعل ذلك اليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال :

أحدها ، أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يجوز كما لو لم يوكله .

الثاني : أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك ، لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالنصرف المأذون فيه ، ولا تعلم في هذين خلافا . وإن قال له : وكلتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل ، وقال أصحاب الشافعي . ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه ، وقوله اصنع ما شئت : يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه .

ولنا أن لفظه عام فيها شاء فبدخل في عموم التوكيل .

الثالث : أطلق الوكالة ، فلا يخلو من أقسام ثلاثة .

أحدها : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله ، كالأعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة ، أو يجوز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل مادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستئابة فيه .

القسم الثاني : أن يكون مما يعمل به نفسه إلا أنه يجوز عن عمله كله لكثرة وانتشاره ، فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فجاز التوكيل في فعل جميعه ، كما لو أذن في التوكيل بلفظه ، وقال القاضي : عندي أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز للحاجة ، فاختص ما دعت إليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فإنه مطلق ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

القسم الثالث : ما عدا هذين القسمين ، وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه . فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين .

إحدهما : لا يجوز . نقلها ابن منصور ، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ، لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجوز كما لو نهاه ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه . فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعه .

والأخرى : يجوز ، نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى : إذا مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك ، والأول أولى ، ولا يشبه الوكيل المالك ، فإن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل .

فصل

وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أمينا . لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما أن الإذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل إلا أن يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله ، وإن لم يكن أمينا . لأنه قطع نظره بتعيينه ، وإن وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضي استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين فوجب عزله .

(فصل) والحكم في الوصى يوكل فيما أوصى به إليه ، وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستنيب غيره . حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية مهنا : جواز ذلك : وهو قول الشافعي في الوصى ، لأن الوصى يتصرف بولاية بدليل أنه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه ، والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه ، والجمع بينهما أولى . لأنه متصرف في مال غيره بالأذن فأشبهه الوكيل ، وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة :

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أبا كان أو غيره ، وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار : هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان . أحدهما . لا يملك التوكيل إلا بإذنها لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها أشبه الوكيل . ولنا أن ولايته من غير جهتها . فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالآب ، بخلاف الوكيل ، ولأنه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء ، فكذلك الولي ، وما ذكرناه يطل بالحاكم ، والذي يعتبر إذنها فيه : هو غير ما يوكل فيه بدليل أن الوكيل لا يستغنى عن إذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك .

(فصل ، إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل ، كان الوكيل الثاني وكيلا للموكل لأنه لا ينزل بموت الوكيل الأول ولا عزله ، ولا يملك الأول عزل الثاني ، لأنه ليس بوكيله ، وإن أذن له أن يوكل لنفسه جاز ، وكان وكيلا للموكل ينزل بموته وعزله إياه ، وإن مات الموكل أو عزل الأول انعزلا جميعاً ، لأنهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر ، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما ، وإن وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقاً ، بل وجد عرفاً ، أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن ، فالثاني وكيل الوكيل الأول . حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه .

(فصل) إذا وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره ، وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة ومحمد : يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص ، وقال أبو يوسف : يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره ، لأن الإقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالإنكار .

ولنا أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملك الوكيل فيها كالإبراء ، وفارق الإنكار . فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملكه في الحدود والقصاص ، وفي غير مجلس الحاكم ، ولأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار ، فلم يملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار فافترقا ، ولا يملك المصالحة عن الحق ، ولا الإبراء منه بغير خلاف نعلمه لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك ، وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يملك قبضه . لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله .

ولنا أن القبض لا يتناول الإذن نطقاً ولا عرفاً ، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه ، وإن وكله في قبض حق فجحد من عليه الحق كان وكيلا في تثبيته عليه في أحد الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة : والآخر . ليس له ذلك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنهما معنيان مختلفان . فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر ، كما لا يكون وكيلا في القبض بالتوكيل في الخصومة .

ووجه الأول : أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت فكان إذناً فيه عرفاً ،
ولأن القبض لا يتم إلا به فملكه ، كما لو وكل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في
بيع شيء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه ان كان الموكل عالماً بمحدد من عليه الحق أو مطلقه
كان توكيلاً في تثبيته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه ، وإن لم يعلم ذلك
لم يكن توكيلاً فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحق عيناً
أو ديناً ، وقال بعض أصحاب أبي حنيفة : إن وكله في قبض عين لم يملك تثبتها ،
لأنه وكيل في نقلها ، أشبه الوكيل في نقل الزوجة
ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبه الوكيل في قبض الدين ، وما ذكرناه يطل
بالتوكيل في قبض الدين ، فإنه وكيل في قبضه ونقله إليه

(فصل)

وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل في البيع يقتضي
التسليم لكونه من تمامه ، ولم يلك الإبراء من ثمنه وهذا قال الشافعي ، وقال
أبو حنيفة : يملكه

ولنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من ثمنه ، فلا يكون التوكيل في البيع
توكيلاً فيه كالإبراء من غير ثمنه . وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن
وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمته على قبض
الثمن ، فعلى هذا أن تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ، ويحتمل أن
يملك قبض الثمن ، لأنه من موجب البيع فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع ، فعلى هذا
ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره ، وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه
والأولى أن ينظر فيه ، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع
ثوب في سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضع الثمن بترك قبض الوكيل له
كان إذناً في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامناً له ، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما
أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعاً مفرطاً
وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وإن وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء فقبه وجهان :
أحدهما يملك تثبيته ، وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة ، لأنه

لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتثبيت : والثاني لا يملكه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لانه يمكن أحدهما دون الآخر ، فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من اتتمته وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع في البيع ، والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فإن اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عند فملك في يده فهو ضامن له ، وان كان له عند مثل أن ذهب لينقذه فملك أو نحو ذلك ولا ضمان عليه ، نص عليه أحمد ، لانه مفرط في أمساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان : بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل)

واذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه ، فإن قال اقبض حتى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه ؛ لانه لم يؤمر بذلك ، وان قال اقبض حتى الذي قبل فلان أو على فلان ، فله مطالبه وارثه والقبض ، لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه

فإن قيل : فلو قال اقبض حتى من زيد فوكل زيد انساناً في الدفع اليه كان له القبض منه ، والوارث نائب الموروث ، فهو كوكيله

قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه ياذنه جرى مجرى تسليمه ، لانه أقامه مقام نفسه ، وليس كذلك هنا ، فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حث بفعل وكيله له ، ولا يحث بفعل وارثه .

مسألة ، قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه ، فان اتهم حلف)

اذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال أحدها أن يختلفا في التلف ؛ فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن

الذى قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل ، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين ، وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، فلا يكلف ذلك كالمودع ، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة ، كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك ؛ وإنما كان كذلك لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها فيلحقهم الضرر

قال القاضي : إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبههما ، فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك ، وهذا قول الشافعي لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه الحال الثانية : أن يختلفا في تعدى الوكيل أو تفریطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله ، مثل أن يدعى عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئا لنفسك ، أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمعرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضا مع يمينه ، لما ذكرنا في الذي قبله ، ولأنه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر

ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه ، أما لقبول قوله وأما بإقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه ، وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن . وسواء كان يجعل أو بغير جعل . لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك . وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدى أو فرط ضمن . وكذلك سائر الأماناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل . لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه

الحال الثالثة : أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل : بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض . أو يقول : بعت ولم تقبض شيئا فالقول قول الوكيل ، ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي . لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما . كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها . ويحتمل أن لا يقبل قوله . وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي . لأنه

يقر بحق لغيره على موكله : فلم يقبل ، كما لو أقر بدين عليه ، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال : اشتريته بألف ، وقال : بل اشتريته بخمسمائة ، فالقول قول الوكيل ، لما ذكرناه .

وقال القاضي : القول قول الموكل ، إلا أن يكون عين له الشراء ، ما ادعاه فقال : اشترى لي عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بذلك ، فالقول قول الوكيل إذا ، والا فالقول قول الموكل ، لأن من كان القول قوله في أصل شيء ، كان القول قوله في صفته ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشراء في الذمة ، فالقول قول الموكل ، لأنه غارم مطالب بائنه ، وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم ، فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في البيع ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب ، وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي .

الحال الرابعة : أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فيسكره الموكل ، فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل ، لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فكان القول قوله كالمودع ، وإن كان يجعل فضيه وجهان :

أحدهما : أن القول قوله ، لأنه وكيل فكان القول قوله كالأول .

والثاني : لا يقبل قوله ، لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد ، كالمستعير : وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

وجملة الأمانة على ضريين :

أحدهما : من قبض المال لنفع مالكه لا غير ، كالمودع والوكيل بغير جعل ، فيقبل قولهم في الرد ، لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات فيلحق الناس الضرر .

الثاني : من ينتفع بقبض الأمانة ، كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ، فقيمهم وجهان ، ذكرهما أبو الخطاب ، وقال القاضي : لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد ، لأن أحد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ، ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله

في الرد ، ولو أنكر الوكيل قبض المال ، ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله ، لأن خيانه قد ثبتت بحجده ، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف ، فهل تقبل بينته ؟ على وجهين .

أحدهما : لا تقبل ، لأنه كذبها بحجده ، فإن قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئا .

والثاني : تقبل ، لأنه يدعى الرد والتلف قبل وجود خيانه ، وإن كان وجوده أنك لا تستحق على شيئا ، أو مالك عندى شيء ، سمع قوله مع بينته ، لأن جوابه لا يكذب ذلك ، فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء ، فلا تنافي بين القولين ، إلا أن يدعى أنه رده أو تلف بعد قوله : مالك عندى شيء ، فلا يسمع قوله أيضا ، لثبوت كذبه وحياته .

الحال الخامس : إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال : وكلتني ، فأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، لأن الأصل عدم الوكالة ، فلم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه ولو قال : وكلتك ودفعت إليك مالا ، فأنكر الوكيل ذلك كله ، أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه ، فالقول قوله لذلك ، ولو قال رجل لآخر : وكلتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك ، فأنكر الموكل ، فالقول قوله ، نص عليه أحمد فقال : إن أقام البينة والا لم يلزم الآخر عقد النكاح .

قال أحمد : ولا يستحلف ، قال القاضي : لأن الوكيل يدعى حقا لغيره ، فاما إن ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف ، لأنها تدعى الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ، ولم يلزم الوكيل منه شيء ، لأن دعوى المرأة على الموكل ، وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل . ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد : أن الوكيل يلزمه نصف الصداق . لأن الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به . كذا هنا والاول أولى : لما ذكرناه ، ويفارق الشراء ، لأن الثمن مقصود البائع ، والعادة تعجيله وأخذه من المتولى للشراء ، والنكاح يخالفه في هذا كله ، ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه ، لأنه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته ، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي .

وقال محمد بن الحسن : يلزم الوكيل جميع الصداق لأن التفرقة لم تقع بإنكاره فيكون ثابتا في الباطن فيجب جميع الصداق ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به . قال أحمد : ولا تتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره ، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بإقرارها وإنكاره ليس بطلاق ، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ يحتمل أن لا يلزمه ، لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ، ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت بيته .

وان أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له ، فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج هنا . وقال القاضي : لا يثبت ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه لا تغذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها . وذكر أن أحمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به ، فكان القول قوله ، كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به ، وما ذكره القاضي من نص أحمد فيها إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص هنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما ، فلا يكون النص في أحدهما نصا في الأخرى ، وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولو غاب رجل لجاء آخر إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد نكاحها بألف ، فأذنت في نكاحها ، فعقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الأول بحاله . وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل لزمه الألف ، إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكى ذلك عن مالك وزفر . وحكى عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن شيء . لأنه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء . فكذلك فرعه .

ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه ، فلزمه ما أقر به ، كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه ، وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري ، فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين ، وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه ، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ، ومن أوجبه أوجب في الصورة الأخرى ، فلا يكون فيها اختلاف ، والله أعلم

الحال السادس : أن يختلفا في صفة الوكالة ، فيقول وكلتك في بيع هذا العبد قال بل وكلتني في بيع هذه الجارية ، أو قال وكلتك في البيع بألفين ، قال بل بألف أو قال وكلتك في بيعه نقداً ، قال بل نسيئة ، أو قال وكلتك في شراء عبد ، قال بل في شراء أمة ، أو قال وكلتك في الشراء بخمسة ، قال بل بعشرة ، فقال القاضي القول قول الموكل ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر

وقال أبو الخطاب : إذا قال أذنت لك في البيع نقداً أو في الشراء بخمسة ، قال بل أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل ، نص عليه أحمد في المضاربة : لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته ، كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء ، قال بل قيصاً

وحكى عن مالك أن أدركت السلعة فالقول قول الموكل ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان ؛ والاصل عدمه ، بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين

أحدهما : أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه . فكان القول قول من ينفيه ، كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره .

والثاني : أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه ، كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق ، فعلى هذا إذا قال : اشتريت لك هذه الجارية يا ذاك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها ، أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها إلا بألف — فالقول قول الموكل وعليه اليمين . فإذا حلف برى من الشراء . ثم لا يخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو في الذمة

فإن كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع إن اعترف بذلك ، وإن كذبه في أن الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع ، لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان له ، فإن ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله ، لأنه يحلف على نفي فعل غيره ، فكانت يمينه على نفي العلم . فإذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن إلى البائع ، وتبقى الجارية في يده ولا تحمل له ، لأنه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع ، فإذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن ، فإن امتنع من يبعه إياها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به لبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا . ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظلما ، فإن امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه ، لأنه عقد مرضاة ، وإن قال : إن كانت الجارية لي فقد بعتموها أو قال الموكل : إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتموها فبها وجهان :

أحدهما لا يصح ، وهو قول القاضي وبعض الشافعية ، لأنه بيع معلق على شرط والثاني يصح ، لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارية جارية فقد بعتموها ، وكذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شكافيه ، فاما إن كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر ، فاما في الباطن فإن كان الوكيل كاذبا في دعواه فالجارية له ، لأنه اشتراها في ذمته بغير أمر غيره ، وإن كان صادقا فالجارية لموكله ، فإذا أراد إحلالها له توصل إلى شرائها منه كما ذكرنا ، وكل موضع كانت للموكل في الباطن فامتنع من يبعها للموكل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للموكل ثمنها ، فأقرب الوجوه أن يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها ، فإن كانت للموكل فقد أذن في بيعها ، وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وقائه ، وقد قيل غير ما ذكرنا . وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز ، لأنه قائم مقام الموكل في هذا فأشبهه ما لو اشترى منه

(فصل)

ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل : ما أذنت في بيعه الا نقداً وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع ، وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيا ، أو بقيته إن كان تالفا ، فان أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وإن أخذها من المشتري لم يرجع على أحد ، وإن كذباها وادعيا أنه أذن في البيع نسيئة ، فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة ، وإن كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما ، فان رجع على المشتري رجع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع ، وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن ، وأن البائع ظلمه بالرجوع عليه ، وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل ، فاذا حل الاحل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى ، لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم ، وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وأن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل ، وإن كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا . هذا إن اعترف المشتري بأن الوكيل وكيل في البيع ، وإن أنكر ذلك وقال : إنما بعني ملكك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً ، ولا يرجع عليه بشيء .

(فصل) وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمه بتأخير ، لانه رضى بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك ، فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه ، وإن وعده برده ثم ادعى أنني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده برده . فان صدقه الموكل برى ، وإن كذبه فالقول قول الموكل ، فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين :

أحدهما يقبل ، لانه لو صدقه الموكل برى ، فكذلك إذا قامت له بينة ولأن البينة إحدى الحجتين فبرى بها كالأقرار .

والثاني : لا يقبل . لأنه كذبه بوعده بالدفع ، أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع ، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه : ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله ، لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة ، وإن أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لأنه لم يكذبها .

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث ، في رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً ، فضااع مع الرسول : فهو من مال الباعث لأنه لم يأمره بمصارفته : إنما كان من ضمان الباعث لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل ، فإن المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها ، وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم ، وهذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به ، فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه ، اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم . فيكون حينئذ من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل ، وإن قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضااعت من الرسول ، فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله ، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثياب ، فبعث إليه رسولا . وقال : خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضااعت ، فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول ، يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين : إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ، ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده ، فاستقر عليه الضمان .

وللموكل تضمين الوكيل . لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه . فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه .

وقال أحمد في رجل وكل وكيله في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال : أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه ، إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد . والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح فما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه

كان غير مضمون في فاسده ، ونقل البغوى عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة خلطها مع دراهمه فضاها فلا شيء عليه وإن ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي : هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ، ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما أن خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل ، والأصل بقاءها ، ومعنى الضمان منها أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه . فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه .

مسألة ، قال (ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالا ، فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة)

وجملته أن الرجل إذا وكل وكيلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالا أيدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا بينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه كما لو ادعى الموكل ذلك ، فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله ، فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله ؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاها في غيبة الموكل ، قال القاضي : سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه ، وهذا قول الشافعي . لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليه شيء إلا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل ، فعلى هذه الرواية : أن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء ، وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وهذا قول أبي حنيفة ووجه لا صحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه ووجه الأول : أنه مفراط بترك الأشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل .

فإن قيل : فلم يأمره بالاشهاد قلنا : إطلاق الأمر بالقضاء يقتضى ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضى ذلك العرف لا العموم ، كذا منها ، وقياس القول الآخر . يمكن القول بوجبه ، وأن قوله مقبول في القضاء

لكن لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئا لان تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيله ، وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل . لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال . وكذلك ان أشهد على القضاء عدولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه ؛ وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان ؟ يخرج على روايتين ، وان اختلف الوكيل والموكل فقال : قضيت الدين بحضرتك قال : بل في غيبتي . أو قال : أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الاذن ، أو قال : أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكره الموكل ، فالقول قول الموكل لان الاصل معه .

(فصل)

وان وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد ، فقال أصحابنا : لا يضمن اذا أنكر المودع ، وكلام الحرقى بعمومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الأمر ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى لأن الوديعة لا تثبت الا بالبينه فهي كالدين ، وقال أصحابنا : لا يصح القياس على الدين . لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف الدين فإن قال الوكيل : دفعت المال الى المودع فقال : لم تدفعه ، فالقول قول الوكيل . لانها اختلفا في تصرفه ، وفيما وكل فيه ، فكان القول قوله فيه .

(فصل) واذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه انسان فادعى أنه وكيل صاحب الدين والوديعة في قبضها وأقام بذلك بينة . وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعها اليه ، سواء صدقه في أنه وكيله أو كذبه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ان صدقه لزمه وفاء الدين ، وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما : لا يجب تسليمها ، واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه ايضاؤه كما لو أقر له أنه وارثه .

ولنا أنه تسليم لا يبرئه . فلا يجب كما لو كان الحق عبنا ، وكما لو أقر بان هذا وصى الصغير وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه ، فأما ان أنكر وكالته لم يستحلف .

وقال أبو حنيفة : يستلحف ، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق ، فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب ، كسائر الحقوق ، ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال : لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها ، فإن دفع إليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع ، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف وكان الحق عيناً قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها ، لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها ، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع يدها على من شاء منهما الآن الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع إليه قبض مالا يستحق قبضه ، وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر ، لأن كل واحد منهما يدعى أن ما يأخذه المالك ظلم ، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد ، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة ، فإن ضمن رجوع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولا ثبتت يمينه ، وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه ، وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه ، فإن ضمن لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الدافع رجوع عليه ، لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه ، فالدافع يقول : ظلمني المالك بالرجوع على وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه ، فأما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده ، لأن حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق ، والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق ، وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه ، فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ، ويكون قصاصاً عما أخذه منه صاحب الحق : وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء ، لأنه مقرر بأنه أمين لاضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه (فصل) فإن جاء رجل فقال : أنا وارث صاحب الحق ، فإن أنكره لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال : لأن اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لأنه لو صدقه لزمه الدفع إليه ، فلما لزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار

وان صدقه في أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه بغير خلاف نعليه لأنه مقرر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فليزمه ، كما لو جاء مع صاحب الحق ، فأما ان جاء رجل فقال : قد أحاط عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان أحدهما : لا يلزمه الدفع اليه ، لان الدفع اليه غير مبرىء ، ولا احتمال أن يجيء المحيل فينكر الحوالة أو يضمه ، فأشبه المدعى للوكالة .

والثاني : يلزمه الدفع اليه ، لانه معترف بأن الحق له لا لغيره ، فأشبه الوارث فان قلنا : يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ، وان قلنا : لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ، ومثل هذا مذهب الشافعي .

فصل

ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضى بالاشهاد لأنه لا ضرر عليه في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق على شيء ، والقول قوله مع يمينه ، وان كان الحق ثبت بينة ، وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمدع والوكيل بغير جعل فكذلك ، لأنه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد ، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالاشهاد لثلاث ينكر القابض القبض ، ولا يقبل قول الدافع في الرد .

وان قال : لا يستحق على شيئا قامت عليه البينة أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق ، لأن بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه ، فلا يلزمه تسليمه الى غيره .

مسألة ، قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصى)

وجملة ذلك : أن من وكل في بيع شيء لم يحز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها منها ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ، وكذلك الوصى

لا يجوز أن يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعي ، وحكى عن مالك والأوزاعي جواز ذلك فيهما .

والرواية الثانية : عن أحمد يجوز لها أن يشتري بشرطين :

أحدهما : أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء

والثاني : أن يتولى النداء غيره ، قال الفاضل : يحتمل أن يكون اشتراط تولى غيره النداء واجبا ، ويحتمل أن يكون مستحبا ؛ والأول أشبه بظاهر كلامه ، وقال أبو الخطاب : الشرط الثاني : أن يولى من يبيع ويكون هو أحد المشتريين فإن قيل : فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا : يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الناس بنفوسهم ، وإن وكل إنسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية ، لأنه امثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن ، فجاز كما لو اشتراها أجنبي ، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لأن الله تعالى قال : ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن (وإذا اشتري مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قرب به بالتي هي أحسن ، ولأنه نائب عن الأب ، وذلك جائز للأب فكذلك لنائبه .

ووجه الرواية الأولى : أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال : بعه غيرك . ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز ، كما لو نهاه ، والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه ، فأشبه الوكيل أو متهم ، فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد من الوكيل ، لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير ، والوصي يتهم في ذلك ، وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم في بيعه ، فكان أولى بالمنع ، وعند ذلك لا يكون أخذه لما له قريبا له بالتي هي أحسن ، وقد روى عن ابن مسعود أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتريه ؟ قال لا

(فصل) والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل ، والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم

في بيعه لنفسه ، كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه ، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضاً في جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان .

وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه لولده الكبير ، لأنه امثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره ، فصح كما لو باعه لأخيه : وفارق البيع لو كبله ، لأن الشراء إنما يقع لنفسه ، وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلى عليه بيع لنفسه ، لأنه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمة في حق نفسه ، وكذلك لا تقبل شهادته ، والحكم فيما أراد أن يشتري لموكله كالحكم في بيعه لما له لأنهما سواء في المعنى

(فصل)

وان وكل رجلاً يتزوج له امرأة ؛ فهل له أن يزوجه ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع ، هل يبيع لولده ؟ قال أبو يوسف ومحمد : يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها ، وان أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان ، بناء على ما ذكر في البيع ، وكذلك إن وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك .

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد ، فقياس المذهب . أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه ، لأنه أذن له في طرفي العقد ، فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه ، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه ، لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة كل واحد منهما ، ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان .

(فصل) وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : لا يجوز ، لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاض لنفسه والاستقصاء للوكيل ، وهما متضادان قهراً .

وانما أنه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ، ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه ، في محل لاتفاق التهمة لدلائلها على عدم

رضى الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه ، وقد صرح هنا بالاذن فيها ، فلا تبقى دلالة الحال مع نفسه بلفظه على خلافه ، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء ، قلنا : إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء ، وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل ، وإن لم يعين له الثمن تفيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبي ، وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبداً يشترى له نفسه من سيده وجهاً : أنه لا يجوز ، فيخرج منها مثله ، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى .

(فصل)

إذا وكل عبداً يشترى نفسه من سيده أو يشترى منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية ، وقال بعضهم : لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده ، فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه ، ولهذا يحكم للإنسان بما في يد عبده وذكر أصحابنا وجهاً كذلك .

ولنا أنه يجوز أن يشترى عبداً من غير مولاه ، لجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبي ، وإذا جاز أن يشترى غيره جاز أن يشترى نفسه ، كما أن المرأة لا جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها ، والوجه الذي ذكره أصحابنا لا يصح ، لأن أكثر ما يقدر هنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده ، وقد ذكرنا صحة توكيل السيد في الشراء والبيع من نفسه ، فهنا أولى : فعل هذا إذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد ، فصدقه سيده وزيد صح ، ولزم زيداً الثمن .

وان قال السيد : ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله وإقراره على نفسه بما يعتق به ، ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده : لأن زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه ، فلزم العبد . لأن الظاهر من باشر العقد أنه له ، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه ، فإن كذبه في الوكالة حلف وبرى ، والسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه ، وإن صدقه في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي ، فالقول قول العبد لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه .

(فصل) وإن وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح ،

وإن وكل العبد في إعتاق عبيده والمرأة في طلاق نكاحه لم يملك العبد إعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها ، لأن ذلك ينصرف بإطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل أن لهما ذلك ، أخذاً من عموم لفظه ، كما يجوز للوكيل في البيع ، البيع من نفسه في إحدى الروايتين ، وإن وكل غريباً له في إبراء نفسه صح ، لأنه وكله في إسقاط حق عن نفسه ، فأشبهه توكيل العبد في إعتاق نفسه ، وإن وكله في إبراء غريمائه لم يكن له أن يبرئ نفسه ، كما لو وكله في حبس غريمائه لم يملك حبس نفسه ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ، ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن فأبرأه صح . ولا يبرأ المضمون عنه ، وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه ، أو الكفيل في إبراء المكفول عنه فأبرأه صح وبرئ الوكيل ببراءته ، لأنه فرع عليه ، فإذا برئ الأصل برئ الفرع ببراءته

(فصل)

وإن وكله في إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين ، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم ، أو دفع إليه مالا وأمره بتفريقه على من يريد أو دفعه إلى من شاء ، فالمنصوص عن أحمد أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً ، فإن أحد قال : إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً . إنما أمره بتنفيذه . وذلك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره . ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عموم اللفظ . كالمسائل التي تقدمت . ولأن المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه ، واللفظ متناول له فجاز له الأخذ كغيره . ويحتمل الرجوع في ذلك إلى قرائن الأحوال . فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الأخذ منه ، وما غلب أنه لم يرده فليس له الأخذ ، وما تساوى فيه الأمران احتمل وجهين : وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان : أولها جوازها . لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقضى لجواز الدفع إليهم . فاما من تلزمه مؤنته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع إليهم

«مسألة ، قال وشرأ الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك
شرأؤه له من نفسه)

يعنى أن الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذى فى حجره ويبيع
ولده من مال نفسه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ومالك والاوزاعى . وزادوا
الجد فأباحوا له ذلك . وقال زفر لا يجوز ، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا
يجوز أن يتعلق به حكان متضادان ، ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا فى
عقد واحد ، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلى بنفسه فجاز أن يتولى طرفى العقد ، كالأب يزوج ابنته عبده
الصغير ، والسيد يزوج عبده أمتة ، ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد
بالعاقد لغيره . فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سند ذكره فى موضعه ،
فينزل منزلة الاجنبى ، ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية ، اذ من طبعه الشفقة
عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلدلك جاز ، وفارق الجد والوصى والحاكم
وأمية ؛ فإن التهمة غير منتفيه فى حقهم ، وأما تولى طرفى العقد فيجوز ، بدليل
الاصل الذى ذكرناه ، ولا نسلم ما ذكره فيما اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه ، بل
يجوز ، بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ «أتجعلين أمرك الى ؟
قالت نعم . قال قد تزوجتك ، وإن سلينا فلأن التهمة غير منتفية ثم

«مسألة ، قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فاللموكل عزل وكيله متى شاء ،
والوكيل عزل نفسه لأنه أذن فى التصرف ، فيكان لكل واحد منهما إبطاله ؛ كما
لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ،
ولا خلاف فى هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته
فهو باطل اذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل ، فعن أحمد
فيه روايتان ، وللشافعى فيه قولان ، وظاهر كلام الخرقي هذا أنه ينعزل ، علم أو لم
يعلم ، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه

رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه ، فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعناق .
والرواية الثانية عن أحمد : لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص
عليه في رواية جعفر بن محمد ، لأنه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد
يتصرف تصرفات فتقع باطلة ، وربما باع الجارية فيطوؤها المشتري ، أو الطعام
فياكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ، ويجب ضمانه ، ويتضرر المشتري
والوكيل ، ولأنه يتصرف بأمر الموكل ، ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور
قبل علمه كالفسخ ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه
وعن أبي حنيفة أنه ان عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا ، وان عزل
الوكيل نفسه لم ينزل الا بحضرة الموكل لأنه متصرف بأمر الموكل ، فلا يصح رد
أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة
ولنا ما تقدم ، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ، ثم هما مفترقان ، فإن أمر
الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه . وهذا يتضمن العزل
عنه ابطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم .

(فصل)

ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه
أسفه لحكمه حكم الموت ، لأنه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته
قال أحمد في الشركة : اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل ، وان حجر على
الوكيل لفلس فالوكالة بحالها ، لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف ، وان حجر
على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله ،
وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص
فالوكالة بحالها ، لان الموكل أهل لذلك ، وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع
الاستدامة ، وان فسق الوكيل لم ينزل ، لأنه من أهل التصرف الا أن تكون
الوكالة فيما ينفيه الفسق ، كالايجاب في عقد النكاح ، فإنه ينزل بفسقه أو فسق
موكله بخروجه عن أهلية التصرف ، فإن كان وكلا في القبول للوكيل لم ينزل
بفسق موكله ؛ لأنه لا ينافي جواز قبوله ، وهل ينزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان ،

وإن كان وكيلاً فيما تشترط فيه الأمانة ، كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف ، وإن كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاغماء لأن ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ، ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر . فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه .

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه ، مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني . تبطل الوكالة . لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدي كالوديعة .

ولنا أنه إذا تصرف فقد تصرف بإذن موكله فصح ، كما لو لم يتعد ، وبفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدي والحياة ، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الاذن بحاله ، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامناً . فإذا باعه صح بيعه وبرئ . من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه . فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لأنه قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه ، ولو دفع إليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدي في الثمن صار ضامناً له . فإذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة ، وإن وجد بالمبيع عيباً فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيباً فردته وقبض الثمن كان مضموناً عليه لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه .

(فصل) وإن وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنسخ الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها ، وإن وكل عبده ثم اعتقه أو باعه لم ينعزل لذلك ، ويحتمل أن ينعزل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك . فإذا باعه فقد صار إلى ملك من لم يأذن في توكيله ، وثبت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير إذنه فيقطع استدامته ، وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح : أن

الوكالة لا تبطل ، لان سيد العبد أذن له في بيع ماله ، والعق لا يبطل الإذن ، وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضى ببقائه على الوكالة بقي ، وان لم يرض بذلك بطلت الوكالة ، وان وكل عبد غيره فأعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحداً لان هذا توكيل حقيقة والعق غير مناف له ، وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي اذنه له في البيع أو الشراء .

(فصل) وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستامناً أو حريباً أو مرتداً ، لان العدالة غير مشترطة فيه ، وكذلك الدين كالبيع ، وان وكل مسلماً فارتد لم تبطل الوكالة ، سواء لحق بدار الحرب أو أقام . وقال أبو حنيفة : ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم .

ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ، ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر ، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه ، فأما الوكيل في ماله فينبى على تصرفه نفسه فإن قلنا : يصح تصرفه لم يبطل توكيله ، وان قلنا : هو موقوف فوكالته موقوفة ، وان قلنا : يبطل تصرفه بطل توكيله ، وان وكل في حال ردته ففيه الوجه الثلاثة أيضاً .

(فصل) ولو وكل رجلاً في نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة وعق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لانه زال تصرف الموكل فزالت وكالته .

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة . لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ، ولو دفع اليه ديناراً ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً لانه ان وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة . وان وكله في الشراء مطلقاً ونقد الدينار بطلت أيضاً لانه انما وكله في الشراء به ، ومعناه : أن ينقده ثم ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده ، وقد تعذر ذلك بتلفه ، ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ثم لم يلزمه ولا رضى بلزومه ، واذا استقرضه الوكيل ثم عزل ديناراً عوضه واشترى

به فهو كالشراء له من غير إذن لان الوكالة بطلت والدينار الذى عزله عوضاً لا يصير للموكل حتى يقبضه ، فإذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على اجازة الموكل فإن أجازته صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل ، وعنه يلزم الوكيل بكل حال . وقال القاضى : متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره ، وقال أصحاب الشافعى : متى اشترى لغيره بماله نفسه شيئاً صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو فى الذمة لانه اشترى له ما لم يؤذن له فى شرائه أشبه ما لو اشتراه فى الذمة .

(فصل)

نقل الاثرم عن أحمد فى رجل كان له على آخر دراهم فقال له : اذا أمكنك قضاؤها فادفعها الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذى أذن له فى القبض : لكن جعله وكيلًا وتمكن من عليه الدين من القضاء فخاف ان دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة ، فقال : لا يعجبني أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليها من ذلك ، هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفاً من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل ، فأما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع اليه فإن أحمد قد نص فى رواية حرب اذا وكله فى الحد وغاب استواه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وإزالة للتبعة عنه ، وفى هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل ، وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات ، وانتقل الى الورثة ، ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضى ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به وفيها دليل على جواز تراخى القبول عن الإيجاب لانه وكله فى قبض الحق ولم يعلمه ، ولم يكن حاضراً فيقبل : وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل ، وقد نقل جعفر بن محمد فى رجل قال لرجل : بع ثوبى لیس شیء حتى يقول قد وكلتك ، وهذا سهو من الناقل ، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل ، وهو الذى نقله الجماعة .

« مسألة ، قال (وإذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ أو يطلا)
 وجملة ذلك : أن الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف أبداً ما لم
 تفسخ الوكالة ، وفسخ الوكالة أن يقول : قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها
 أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهيه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه ،
 وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه
 أو يوجد ما يقتضي فسخها حكماً على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في
 التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله في طلاق امرأته
 ثم وطئها انفسخت الوكالة لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختياره إمساكها
 وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقاً رجعياً كان ارتجاعها لها فإذا اقتضى رجعتها
 بعد طلاقها فلأن يقتضى استبقاها على نكاحها ومنع طلاقها أولى ، وإن باشرها
 دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج ، فهل تفسخ الوكالة في
 الطلاق ؟ يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف في حصول الرجعة به ، وإن وكله في
 بيع عبد ثم اعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لأنه يزوال
 ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه ، وفي الكتابة والتدبير على إحدى
 الروايتين لم يبق محلاً للبيع ، وعلى الرواية الأخرى : تصرفه فيه بذلك يدل على أنه
 قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لأن ملكه في العبد لم
 يزول ، ذكره ابن المنذر .

« مسألة ، قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الأمر مخيراً في
 قبول الشراء ، فإن لم يقبل لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه بعين المال
 فيبطل الشراء)

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه
 مثل أن يوكله في شراء عبد فيشترى جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو
 بعين المال فإن كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح ، لأنه إنما اشترى بشئ في
 ذمته ، وليس ذلك ملكاً لغيره ؛ وقال أصحاب الشافعي : لا يصح في أحد الوجهين لأنه
 عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله .

ولما أنه لم يتصرف في ملك غيره : فصح كما لو لم ينوه لغيره .

إذا ثبت هذا فمن أحد روايتان :

إحدهما : الشراء لازم للمشتري ، وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ، لأنه

اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره .

والرواية الثانية : يقف على إجازة الموكل فإن أجازته لزمه لأنه اشترى له وقد

أجازته فلزمه كما لو اشترى بأذنه ، وإن لم يحزه لزم الوكيل لأنه لا يجوز أن يلزم

الموكل لأنه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره

فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته

لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلًا للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلًا له ، فاما إن

اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير

إذنه . فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى

أنه صحيح ويقف على إجازة المالك فإن لم يحزه بطل ، وإن أجازته صح لحديث

عروة بن الجعد : أنه باع ما لم يؤذن له في بيعه . فأقره عليه النبي صلى الله عليه وسلم

ودعاه ، ولأنه تصرف له بخير فصح ، ووقف على الإجازة ، كالوصية بالزائد

على الثلث .

ووجه الرواية الأولى : أنه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح ،

كما لو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازته . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال

لحكيم بن حزام : لا تبع ما ليس عندك ، يعني ما لم تملك ، وأما حديث عروة

فانه يحتمل أنه كان وكيلًا مطلقًا بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه ، وليس

ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ، ومتى حكمنا ببطالان البيع فاعترف له بالعقد

معه ببطالان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعلية رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك

ولا قامت به بينة حلف العاقد : ولم يلزمه رد شيء لأن الأصل أن تصرف

الإنسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده ، وإن ادعى البائع أنه باع مال

غيره بغير إذنه ، فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري : إنك بعت

مال غيرك بغير إذنه ، فأنكر البائع ذلك ، وقال : بل بعت ملكي ، أو قال

بعت مال موكلي بأذنه ، فالقول قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل

البيع ، وقال الموكل : بل البيع صحيح ، فالقول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعي ، لأن من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فإذا كان بغير اذنه لم يقع له ولا للوكيل . لأن المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فإنه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا .

والرواية الثانية : يصح النكاح ويقف على اجازة المتزوج له فإن أجازته صح وإلا بطل ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم .
(فصل) قال القاضي : إذا قال لرجل اشتر لي بدني عليك طعاما لم يصح ، ولو قال : تسلف لي ألفا من مالك في كر طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره ، وإن قال : اشتر لي في ذمتك ، أو قال : تسلف لي ألفا في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح . لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فإذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه : وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضا عليه .

(فصل)

ولا يملك الوكيل من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما أذن فيه ، والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه مطلقا ولا عرفا لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه : فلو قال له : بع ثوبي غدا لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد ، وإن عين له المكان وكان يتعلق به غرض ، مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق ، وكان ذلك السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقييد الاذن به لانه قد نص على أمره

فيه غرض فلم يجز تفويته ، وإن كان هو وغيره سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به
 وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض ، فكان تنصيبه على
 أحدهما إذناً في الآخر ، كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء ، كان إذناً في
 زراعة مثله فما دونه ، ولو اشترى عقاراً كان له أن يسكنه مثله ، ولو نذر صلاة
 أو اعتكافاً في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره ، وسواء قدر له الثمن أو لم
 يقدره ، وإن عين له المشتري فقال : بعه فلاناً لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف
 علمناه ، سواء قدر له الثمن أو لم يقدره ، لأنه قد يكون له غرض في تملكه إياه
 دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري .

(فصل)

وإن وكله في عقد فاسد لم يملكه ، لأن الله تعالى لم يأذن فيه ، لأن الموكل
 لا يملكه فالوكيل أولى ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكل لم يأذن فيه . وبهذا قال
 الشافعي . وقال أبو حنيفة . يملك الصحيح ، لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى
 ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن ، كما لو أذن في شراء خمر
 وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم

(فصل) وإن وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك
 العقد على بعضه ، لأن التوكيل تناول جميعه ، وفي التبعض اضرار بالموكل
 وتشقيص للملكه ولم يأذن فيه ، وإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم
 جملة واحدة ، واحداً واحداً ، لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة ، والعرف في
 بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ، ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم .
 وإن قال اشترى عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بعهم لم تجز مخالفته
 لأن تنصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء ، وإن قال : اشترى
 لي عبيدين صفقة فاشترى عبيدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما ، أو من أحدهما
 بإذن الآخر جاز ، وإن كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشتراهما من المالكين بأن
 أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منها بلفظ واحد ، فقال القاضي : لا يلزم الموكل
 وهو مذهب الشافعي ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان

ويحتمل أن يلزمه . لأن القول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف ، وإن اشتراها من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما ، مثل أن يقول : بعثك هذين العبدین هذا بمائة وهذا بمائتين ، فقال قلت . احتمل أيضا وجهين . وإن لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لأن ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما .

(فصل) فإن دفع إليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتريه بعينها وفي الذمة . لأن الشراء يقع على هذين الوجهين . فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منها ، وإن قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوباً ، ولم يلزمه ثمن في ذمته ، وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

وإن قال اشتر لي في ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمنا فاشتراه بعينها ، فقال أصحابنا يلزم الموكل ، لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها ، فكان إذا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها . ويحتمل أن لا يصح ، لأنه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينها ، لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا ينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها ، وهذا غرض صحيح ، فلا يجوز تفويته عليه ، كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الأولى ، ومذهب الشافعي في هذا كله كنعو ما ذكرناه

(فصل)

وإن عين له الشراء بنقد أو حالا لم تجز مخالفته ، وإن أذن له في النسبة والبيع بأي نقد شاء جاز ، وإن أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد لأن الأصل في البيع الحلول ، وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ، ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد ، وإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما ، فإن تساويا باع بما شاء منها ، وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة وصاحباؤه : له البيع نساء ، لأنه معتاد فأشبه الحال ، ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب ، وقد ذكرناها ، والأول أولى ، لأنه

لو أطلق البيع حمل على الحلول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه ، ولا نسلم تساوى العادة فيهما فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين :
أحدهما أن المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بأئمن في الحال . وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الأئمن
والثاني أن استيفاء الأئمن في المضاربة على المضارب ، فيعود ضرر التأخير في التقاضى عليه ، وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ، ولأن الضرر في توى الأئمن على المضارب ، لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال ، وههنا يعود على الموكل فانقطع الإلحاق .

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه ، لأنه يخالف لموكله ، لأنه رضى بضمن النسيئة دون النقد ، وإن باعها نقداً بما تساوى نسيئة أو عين له ثمنها فباعها به نقداً . فقال القاضى يصح لأنه زاده خيراً فكان ما ذوناً فيه عرفاً ، فأشبه ما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها . ويحتمل أن ينظر فيه ، فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح ، وإن كان فيها غرض نحو أن يكون الأئمن مما يستضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين ، أو يتغير عن حاله إلى وقت الحلول ، فهو كمن لم يؤذن له ، لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ، ومتى كان في المنطوق به غرض مخص به لم يحز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره ، وقد ذكر القاضى نحو هذا في موضع آخر .

(فصل) وإن وكله في الشراء بضمن نقداً فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل ، وإن اشتراه نسيئة بضمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتى قبلها وبصح للموكل في قول القاضى ، وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الأئمن معه ونحو ذلك لم يحز ، كقولنا فى التى قبلها ، ولأصحاب الشافعى فى صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، أو دون ما قدره له ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له . وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : اذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأى ثمن كان ، لأن لفظه في الإذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه .

وانا أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء ، فإنه وافق عليه ، وما ذكره ينتقض بالشراء ، فإن باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء ، وهذا قول الشافعى ، وعن أحمد : أن البيع جائز دون الشراء ، ويضمن الوكيل النقص ، لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحا ، وعلى الوكيل ضمان النقص وفى قدره وجهان .

أحدهما . ما بين ثمن المثل وما باعه به ، والثانى : ما بين ما يتغابن الناس به ، وما لا يتغابن الناس به ، لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه ، والأول أقدم ، لأنه لم يؤذن للوكيل فى هذا البيع فأشبهه ببيع الأجنبى ، ولو أذن له فى البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه بالشراء ، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبى على ما ذكر فى موضعه إن شاء الله .

وأما ما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن ، لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ، ولا يمكن التحرز عنه ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يحز أن يبيع بثمن المثل ، لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله ، وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد فى مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد فى الصحيح لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها ، فلا يلزم الرجوع اليها ، ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ، ويحتمل أن يلزمه ذلك ، لأنها زيادة فى الثمن أمكن تحصيلها ، فأشبه ما لو أجاز به قبل البيع والذى يتوجه الى الذى زاد لا إلى الوكيل ، فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل فى بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح ، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة ، لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه ، مثل أن يأذن فى بيعه

بمئة درهم فيبيعه بمئة درهم ودينار أو ثوب ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح بيعه بمئة وثوب في أحد الوجهين ، لأنه من غير جنس الاثنان .

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره ، أشبه ما لو باعه بمئة ودينار ، ولأن الإذن في بيعه بمئة إذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً ، لأن من رضى بمئة لا يكره أن يزداد عليها ثوب ينفعه ولا يضره ، وإن باعه بمئة دينار أو بتسعين درهما وعشرة دنائير وأشباه ذلك ، أو بمئة ثوب أو بثمانين درهما وعشرين ثوباً لم يصح : ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه خالف موكله في الجنس ، فأشبه ما لو باعه بثوب يساوي أكثر من مئة درهم .

ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنائير أو مكان بعضها لأنه مأذون فيه عرفاً ، فإن من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار فجري مجرى بيعه بمئة درهم ودينار ، وأما الثياب فلا يصح بيعه بها ، لأنها من غير جنس الاثنان .

(فصل)

وان وكله في بيع عبد بمئة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثلثي الكل جاز ، لأنه مأذون فيه من جهة العرف ، فإن من رضى مائة ثمناً للكل رضى بها ثمناً للنصف ، ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره ، وله بيع النصف الآخر ، لأنه مأذون في بيعه ، فأشبه ما لو باع العبد كله بمثل ثمنه ، ويحتمل ألا يجوز له بيعه ، لأنه قد حصل للوكل غرضه من الثمن ببيع نصفه ، وربما لا يؤثر بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه ، وهكذا القول في توكيله في بيع عبيد بمئة إذا باع أحدهما بها صح ، وهل يكون له بيع العبد الآخر على وجهين ، فأما إن وكله في بيع عبده بمئة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وإن وكله مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يجز ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة ، بناء على أصله في أن الوكيل المطلق البيع بما شاء .

ولنا أن على الموكل ضرراً في تبعضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشتري نصفه .

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمئة فاشتراه بخمسين أو بما دون المائة

صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف ، وإن قال : لا تشتريه بأقل من مائة بخالفه لم يجوز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف فإن قال : اشتره بمائة ولا تشتريه بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين لأن إذنه في الشراء بمائة دل عرفاً على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقى فيما فوقها على مقتضى الاذن ، وإن اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان .

أحدهما : يجوز لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد على الخمسين .
والثاني : لا يجوز لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها : فكان تنبيهها على النهي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن فيما دونها فجرى ذلك مجرى صريح نهيه فإن تنبيه الكلام كنصه ، وإن قال : اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم ، فالحكم فيه كما لو قال : بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ما مضى من القول فيه ، وإن قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفاً ، وإن قال : اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسألة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما عداه بقى على مقتضى الاذن .

(فصل) وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز . لأنه مأذون فيه عرفاً ، وإن خالفه في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل ، وإن قال : اشتر لي عبداً بمائة فاشترى عبداً يساوي مائة بدونها جاز ، لأنه لو اشتراه بمائة جاز . فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً فيجوز ، وإن كان لا يساوي مائة لم يجوز ؛ وإن كان يساوي أكثر مما اشتراه به لأنه خالف أمره ولم يحصل غرضه .

(فصل) وإن وكله في شراء شاة بدینار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل ، وإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو أحدهما تساوي ديناراً والاخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل ، وهذا المشهور من مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل . لأنه لم يرض الا بإلزامه عهدة شاة واحدة .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عروة بن الجعد دينارا فقال : اشتر لنا به شاة ، قال : فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فحنت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار . فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة ، فقلت : يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم . قال : وصنعت كيف ؟ فحدثته الحديث . قال : اللهم بارك له في صفقة يمينه ، ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له : بعه بدينار فباعه بدينارين ، وما ذكره يبطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان :

أحدهما . البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يحز كبيع الشاتين . والثاني : أن كانت الباقية تساوي دينارا جاز . لحديث عروة بن الجعد البارقي ، ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز . فجاز له إبدالها بغيرها ، وظاهر كلام أحمد صحة البيع لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه ، وإذا قلنا . لا يجوز له بيع الشاة فباعها ، فهل يقع البيع باطلا أو صحيحا موقوفا على اجازة الموكل ؟ على روايتين وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير إذنه ووكيل يخالف موكله ، هل يقع باطلا أو يصح ويقف على اجازة المالك ؟ فيه روايتان ، وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان .

فصل

وإذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتريها إلا سليمة ، لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك جاز الرد بالعيب فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لأنه اشترى غير ما أذن له فيه ، وإن لم يعلم عيبه صح البيع لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لأنه قائم في الشراء مقام الموكل وللوكيل رده أيضا لأن المالك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضى بالعيب لم يكن للوكيل رده . لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وإن رضى رب المال لأن له حقا فلا يسقط برضى غيره ، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع . توقف حتى يحضر الموكل ، فربما رضى بالعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع

وفوات الثمن بتلفه ، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده ، وإن قلنا . الرد على الفور لأنه أخره بإذن البائع فيه ، وإن قال البائع . موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا بينة فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعى عليه فيحلف على نفي العلم ، وبهذا قال الشافعي .

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه : أنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة هنا ، وإنما يحلف على نفي علمه ، وهذا لا ينوب فيه عن أحد . فإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال . قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه ، وكان للوكيل استرجاعه وللبائع رده عليه . لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد ، إلا أن نقول . أن الوكيل لا يتعزل حتى يعلم العزل : وإن رضي الوكيل المعيب أو أمسكه أمسكا ينقطع به الرد لحضر الموكل فأراد الرد . فله ذلك أن صدقه البائع أن الشراء له ، أو قامت به بينة ، وإن كذبه ولم تكن به بينة لحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده ، لأن الظاهر أن من اشترى شيئا فهو له . ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن ، وهذا كله مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة . للوكيل شراء المعيب لأن التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في إطلاقه ، ولأنه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب .

ولنا أن البيع باطلاقة يقتضي الصحيح دون المعيب ، فكذلك الوكالة فيه ، ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح ، والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح ، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته : وقد يكون العيب مانعا من قضاء الحاجة به ومن قنيتة : فلا يحصل المقصود ، وقد ناقض أبو حنيفة أصله فإنه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل ، وقال هنا . يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعذ ومقطوع البدين والرجلين .

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لأن الأمر يقتضي السلامة فأشبهه ما لو وكله في شراء موصوفة ، ويحتمل

أن لا يملك الرد ، لأن الموكل قطع نظره بالتعيين ، فربما رضىه على جميع صفاته ، وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ يحتمل وجهين أيضا مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه .

وإن قلنا يملك رده فليس له شراؤه ، لأن العيب إذا جاز به الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى . وإن قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا ، لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد : فكذلك في الشراء

فصل

وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئا ياذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له ، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصى وكما لو تزوج له . وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ، ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء ، وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمى ، لأن الخمر مال لهم ، لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية ، وبهذا خالف سائر أموالهم ، وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للوكيل في الثمن لأنه بمنزلة المبيع ، وإن كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : ليس الموكل المطالبة ، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه . ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله ، فكذلك القبض .

ولنا أن هذا دين للوكيل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ويفارق مجلس العقد ، لأن ذلك من شروط العقد فتعلق بالعقد كالإيجاب والقبول . وأما الثمن فهو حق للوكيل ومال من أمواله فكانت له المطالبة به ، ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به ، وإنما تتعلق بالموكل ؛ وهي تسليم الثمن وقبض

المبيع والرد بالعيب وضمنان الدرك ، فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً . وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن ؛ وللبائع مطالبة من شاء منهما ، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل ، وإذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً ، كالضامن والمضمون عنه سواء ، وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيباً فردّه على الوكيل كان أمانة في يده وإن تلف فهو من ضمنان الموكل ، ولو وكل رجلاً يتسلف له ألفاً في كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم .

(فصل) قال أحمد في رواية منها : إذا دفع إلى رجل ثوباً لبيعه ففعل ، فوهب له المشتري منديلاً فالمنديل لصاحب الثوب ؛ إنما قال ذلك لأن هبة المنديل سببها البيع ، وكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به .

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا ادعى الوكالة وأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده ، فقال أصحابنا فيها روايتان :

إحداهما تثبت بذلك إذا كانت الوكالة بمال ، فإن أحد قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلاً وامرأتين إذا كانت المطالبة بدين ، فأما غير ذلك فلا .

والثانية لا تثبت إلا بشاهدين عدلين . نقلها الحرقى بقوله : ولا تقبل فيما سوى الأموال عما يطلع عليه الرجال لأقل من رجلين . وهذا قول الشافعي ، لأن الوكالة إثبات للتصرف ، ويحتمل أن يكون قول الحرقى كالرواية الأولى ، لأن الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال ، كالبيع والقرض ؛ فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما . قد عزله لم تثبت وكالته بذلك . لأن أحدهما لم تثبت وكالته بذلك .

وإن كان الشاهد بالعزل رجلاً غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده ، لأن العزل لا يثبت إلا بما يثبت به التوكيل ، ومنى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال : قد عزله لم يحكم بشهادتهما ، لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها ، فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وإن حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد أحدهما فقال : قد عزله بعدما وكله لم يلتفت إلى قوله ، لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل ، فإن قالوا جميعاً : قد كان عزله ثبت العزل . لأن الشهادة تمت في العزل كتبهما في التوكيل .

(فصل)

فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم السبت ، لم تتم الشهادة ، لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت ، فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد ، وإن شهد أحدهما أنه أقر متوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة ، لأن الاقرارين إخبار عن عقد واحد : ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة ، فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده .

وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بها بالعجمية ثبتت ، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة ؛ لأن التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية ، فلم تكمل الشهادة على فعل واحد ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال : جعلتك ، وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف ، أو أنه قال : جعلتك وكيلًا ، أو شهد أنه قال : جعلتك جريًا لم تتم الشهادة ، لأن اللفظ مختلف والجري الوكيل .

ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله ، وقال الآخر : أشهد أنه أذن له في التصرف تمت الشهادة ، لأنهما لم يحكما لفظ الموكل : وإنما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه ، ولو قال أحدهما : أشهد أنه أقر عندى أنه وكله وقال الآخر : أشهد أنه أقر أنه جريه ، أو أنه أوصى إليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك .

ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيدًا ، أو شهد أنه وكله في بيعه ، وقال : لا تبعه حتى تستأمرني ، أو تستأمر فلانا ، لم تتم الشهادة لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط ، والثاني ينفي ذلك ، فكانا مختلفين وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه ، وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الأول ، فلا تضره ، وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر أنه وكله في بيعه لزيد ، وإن شاء لعمرو .

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد : وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : تثبت الوكالة بخبر الواحد ، وإن لم يكن ثقة ، ويجوز التصرف للمخبر

بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل ، ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا ، لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق ، فسقط اعتباره ، ولأنه أذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه .

ولنا أنه عقد مالى ، فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع ، وفارق الاستخدام ، فإنه ليس بعقد ، ولو شهد اثنان أن فلاناً الغائب وكل فلاناً الحاضر ، فقال الوكيل : ما علمت هذا وأنا أتصرف عنه ثبتت الوكالة ، لأن معنى ذلك أنى لم أعلم إلى الآن وقبول الوكالة يجوز متراجهاً ، وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به ، وإن قال : ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقده في شهادتهما ، وإن قال : ما علمت وسكت قيل له : فسر ، فإن فسر بالأول ثبتت وكالته ، وإن فسر بالثاني لم تثبت .

(فصل)

ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب ، وهو أن يدعى أن فلاناً الغائب وكلنى فى كذا ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح .

ولنا أنه لا يعتبر رضاه فى سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره ، وإذا قال له من عليه الحق : احلف أنك تستحق مطالبتي لم تسمع دعواه ، لأن ذلك طعن فى الشهادة ، وإن قال : قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف ؛ لأن الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة ، وإن قال : أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه ، وإن طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله ، لأن الدعوى عليه ، وإن أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل .

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة ، فإنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه ؛ لأنه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه ، لأنه يثبت لنفسه حقاً ، بدليل أنه إذا وكله فى قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ، ولأنه خصم فيه ، بدليل أنه يملك

المخاصمة فيه ، فإن شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضا ، سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : ان كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته ، لأنه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه ، فاشبه ما لو لم يكن وكيلا فيه ، وللشافعي قولان كالْمذهبين .

ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه : وفارق ما لم يكن وكيلا فيه ، فإنه لم يكن خصما فيه .

(فصل)

إذا كانت الامة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانهما يجران الى أنفسهما نفعا ، وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما ، وإن شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل ، لانهما يجران الى أنفسهما نفعا ، وهو ابقاء النفقة على الزوج : ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه ، لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ، ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة ، وقال بعض الشافعية تقبل ، لأن هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار .

ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه ، فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ، وذلك لانهما يثبتان لبيهما نائبا متصرفا له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار ، فإنها شهادة عليه متمحضة ، ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابنه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضى تصرفه ، لأن ذلك شهادة عليه ، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابنه قبل أيضا لذلك .

وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقا وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها ، لانهما يشهدان على أبيهما . وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما ، لانهما يشهدان لمن لا يدعيهما فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابنه ، لم تقبل شهادتهما ، لانهما يثبتان حقا لأبيهما ،

ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل ، لأن السيد يشهد لعبده وأبنائه يشهدان لعبد أبيهما والابوان يشهدان لعبد ابنهما ، فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ تحتل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فآقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصما لموكله وقال : أنا وكيل فلان ، فأنكر الخصم كونه وكيله ، فإن قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بعلمه ، وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه وممكنه من التصرف ، لأن معرفته كالبينة ، وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة ، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم . ولو ادعى حقا لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يسمعها إلا أن يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعى عليه حقا ، فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة : فحصل الخلاف يتنا في حكيم

أحدهما أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم ، وعنده لا يسمع . والثاني أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع ، وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز ، وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب ، وأن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك است بوكيل

ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر الى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقي لا يفتقر الى حضورهم ، كذلك ههنا ، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله ، وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعى له فلا تسمع دعواه ، كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته . وفي هذا الأصل جواب عما ذكره .

(فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجه وكيله فأنكره ، فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال . فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح ، واستحق الزيادة ، وقال الشافعي : لا يصح .

ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ، ولأنه يتصرف في ماله باذنه فصح شرط الربح له في الثاني كالمضارب والعامل في المساقاة .

كتاب الإقرار بالحرق

الإقرار : هو الاعتراف ، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا . أقررنا) وقال تعالى وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألسنت بربكم ؟ قالوا بلى في آي كثيرة مثل هذا .

وأما السنة . فما روى أن ماعزاً أقر بالزنا فرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية ، وقال : واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، وأما الإجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الإقرار ، ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضربها ، ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة : وإنما تسمع إذا أنكر ، ولو كذب المدعى ببينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

فصل ولا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار ، فأما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم والمغمى عليه فلا يصح إقرارهم ، لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة . عن الصبي حتى يبلغ : وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، فنص على الثلاثة : والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم ، ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبي المميز ، فان كان محجوراً عليه لم يصح إقراره ، وإن كان مأذوناً له صح إقراره في قدر

ما أذن له فيه ، قال أحمد في رواية مهنا في اليتيم : إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فيبيعه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه ، وهذا قول أبي حنيفة

وقال أبو بكر وابن أبي موسى : إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير . وقال الشافعي : لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ، ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ، ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته ، فأشبهه الطفل

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ ، وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى . والخبر محمول على رفع التكليف والإثم ، فإن أقر من هو مرأوق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه ، فالقول قوله إلا أن تقوم بينة بلوغه ، لأن الأصل الصغر ، ولا يحلف المقر ، لأننا حكمنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً . ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف ، وإن كان بمعضية كالسكران ، ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ، ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه ، وهو منصوص الشافعي ، لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي :

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ، ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ، ولا تفتني عنه التهمة فيما يخبر به ، فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله

وأما المكروه فلا يصح إقراره بما أكره على الإقرار به ، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ورفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع . وإن أقر بغير ما أكره عليه : مثل أن يكره على الإقرار لرجل فافر لغيره ، أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الإقرار بطلاق امرأة فافر بطلاق أخرى ، أو أقر بعق عبد صح ، لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح ، كما لو أقر به ابتداء . ولو أكره على أداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بيعه . نص عليه لأنه لم يكره على البيع ، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا بينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره

لأن الأصل عدم الإكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه . لأن هذه الحال تدل على الإكراه ؛ ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال إقراره لم يقبل قوله إلا بينة لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها ، ولو شهد الشهود بإقراره لم تفتقر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعا في صحة عقله . لأن الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة به ، وقد ذكرنا حكم إقرار السفیه والمفلس والمريض في أبوابه .

وأما العبد . فيصح إقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لأن الحق له دون مولاه ، ولا يصح إقرار المولى عليه لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ويحتمل أن يصح إقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ، ويجب المال دون القصاص . لأن المال يتعلق برقبته وهى مال السيد فصح إقراره به كجناية الخطأ ، وأما إقراره بما يوجب القصاص في النفس ، فالمنصوص عن أحمد أنه لا يقبل ويتبع به بعد العتق ، وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري ، لأنه يسقط حق سيده بإقراره ، فأشبه الإقرار بقتل الخطأ ، ولأنه متهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده

واختار أبو الخطاب أنه يصح إقراره به ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لأنه أحد نوعي القصاص ، فصح إقراره به كما دون النفس ، وبهذا الأصل ينتقض دليل الأول ، وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده : لئلا يفضى إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره ، فلا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال ، كالجائفة والمأمومة لأنه إيجاب حق في رقبته ، وذلك يتعلق بحق المولى ، ويقبل إقرار المولى عليه لأنه إيجاب حق في ماله ، وإن أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل إقراره ويقبل إقرار المولى عليه لما ذكرنا ، وإن كان موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال ، سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد . قال أحمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده أنه سرقها من رجل والرجل يدعى ذلك وسيده يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق ، والشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان

ويحتمل أن لا يجب القطع لأن ذلك شبهة فيبدوا بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات ، وهذا قول أبي حنيفة ، وذلك لأن العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها ، فلا يثبت حكم القطع بها ، وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق ، لأن الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بحال ولاً لنا لو قبلنا اقراره أضربنا بسببه . لأنه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه ، وإن أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد ، لانه في يد السيد لا في يد نفسه ، ولأن السيد لو أقر به منفرداً قبل ، ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل ، فإذا لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لإقرار السيد ؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحمد وجناية العمد

وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره ، فإن عجز بيع فيها ان لم يفده سيده . وقال أبو حنيفة : يستسعى في الكتابة وإن عجز بطل اقراره بها ، سواء قضى بها أو لم يقض : وعن الشافعي كقولنا ، وعنه أنه مراعى ان أدى لزمه وإن عجز بطل

ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بعجزه كالاقرار بالدين . وعلى الشافعي أن المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق ، فإذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له - صدقه المولى أو كذبه - لأن الحق له دون سيده . وله المطالبة بذلك والعفو عنه . وليس لسيده مطالبة به ولا عفو . وإن كذبه العبد لم يقبل . وإن أقر له بمال صح ويكون لسيده لأن يد العبد كيد سيده . وقال أصحاب الشافعي : ان قلنا يملك المال صح الاقرار له . وإن قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده . وإن أقر لبهيمة أو دار لم يصح اقراره لها وكان باطلاً . لأنها لا تملك المال مطلقاً ولا يد لها . وإن قال على بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لأحد . ولأنه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له . وإن قال للمالكها أو لزيد على بسببها ألف صح الاقرار . وإن قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح . اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل

(فصل) وإن أقر لحمل امرأة بمال وعزاه إلى إرث أو وصية صح وكان للحمل وإن أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد : يصح وهو أصح قول الشافعي ، لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الإقرار المطلق كالطفل ، فعلى هذا أن ولدت ذكراً وأثنى كان بينهما نصفين ، وإن عزاه إلى إرث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك .

وقال أبو الحسن التميمي : لا يصح الإقرار إلا أن يعزیه إلى إرث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي ، لأنه لا يملك بغيرهما فإن ولدت الولد ميتاً وكان قد عزى الإقرار إلى إرث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وإن أطلق الإقرار كلف ذكر السبب ، فيعمل بقوله فإن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل إقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره ، وإن عزى الإقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل على ألف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فبلى قول التميمي الإقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح إقراره لأنه وصل إقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له على ألف — لا تلزمني ، وإن قال له على ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ولا يصح الإقرار لحمل إلا إذا تبين أنه كان موجوداً حال الإقرار على ما بين في موضعه ، وإن أقر لمسجد أو مصنع أو طريق ، وعزاه إلى سبب صحيح ، مثل أن يقول : من غلة وقفه صح : وإن أطلق خرج على الوجهين .

«مسألة» قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه ، كان استثناءه باطلاً إلا أن يستثنى عيناً من ورق ، أو ورقاً من عين)

في هذه المسألة فصلان :

أولهما : أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار من غير الجنس ، وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة : إن استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز ، وإن استثنى عبداً أو ثوباً من مكيل أو موزون لم يحز ، وقال مالك والشافعي : يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً ، لأنه ورد في الكتاب العزيز واخه العرب ، قال الله تعالى (وإذ قلنا لللائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن)

وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس الا اليعافير ، والا العيس
وقال الآخر :

عيت جوابا ، وما بالربع من أحد الا اوارى لايما ما أبيتها
ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه ، وقيل
هو اخراج بعض ما تناوله المستثنى منه ، مشتق من ثبت فلانا عن رأيه اذا صرفته
عن رأى كان عازما عليه ، وثبت عنان دابته اذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت
تذهب اليها ، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام ، فاذا ذكره فما صرف
الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء ، وانما سمي
استثناء تجوزا ، وانما هو في الحقيقة استدراك ، والا ، ههنا بمعنى لكن ،
هكذا قال أهل العربية ، منهم ابن قتيبة ، وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا يأتي
الا بعد الجحد ، ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا
بعد النفي ، ولا يأتي بعده الاثبات الا أن يوجد بعده جملة .

واذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الإقرار لأنه اثبات للبقر به ، فاذا
ذكر الاستدراك بعده كان باطلا ، وان ذكره بعد جملة ، كأن قال . له عندي مائة
درهم الا ثوبالي عليه فيكون مقرا بشيء مدعيا لشيء سواه فيقبل اقراره وتبطل
دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء .

وأما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة ، بدليل
أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم ، فلو لم يكن منهم لما كان مأمورا بالسجود
ولا عاصيا بتركه ، ولا قال الله تعالى في حقه ، ففسق عن أمر ربه (ولا قال
(ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك ؟) واذا لم يكن مأمورا فلم أنكسه الله وأهبطه
ودحره ؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود الا الملائكة .

فان قالوا . بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم ، فدخل ابليس في الأمر
لكونه معهم ، قلنا : قد سقط استدلالكم فإنه متى كان داخلا في المستثنى منه
مأمورا بالسجود ، فاستثاؤه من الجنس ، وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى

فعلى هذا متى قال : له على ألف درهم إلا ثوبا لزمه الألف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له على ألف درهم لكن لي عليه ثوب .

(الفصل الثانى) إذا استثنى عينا من ورق أو ورقا من عين فاختلف أصحابنا فى صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى . فيه روايتان واختار الحرقى صحته لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فإن قوما يسمون تسعة دراهم دينارا وآخرون يسمون ثمانية دراهم دينارا فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فإذا قال : له على دينار إلا ثلاثة دراهم فى موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له على تسعة دراهم إلا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجوز الغاؤه ، وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه ، وقال أبو الخطاب : لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها ، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه . ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك والله أعلم

(فصل)

ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس ، مثل أن يقول : له على عشرة أصع تمرا برنيا إلا ثلاثة تمرا معقليا لم يجوز لما ذكرناه من الفصل الأول ، ويخالف العين والورق ، لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين ، فهما كالعين والورق والأول أصح ، لأن العلة الصحيحة فى العين والورق غير ذلك .

(فصل) فأما استثناء بعض ما دخل فى المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه فإن ذلك فى كلام العرب وقد جاء فى الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فىهم ألف سنة إلا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس) وقال النبي صلى الله عليه وسلم فى الشهيد « يكفر عنه خطاياها كلها إلا الدين »

وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب ، فإذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء ، فإذا قال له على مائة الا عشرة كان مقراً بتسعين لأن الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فإنه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما أن التخصيص بين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام. وان قال الا ثلثها أو ربعها صح ، وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى .

وان قال هذه الدار لزيد الا هذا البيت كان مقراً بما سوى البيت منها وكذلك ان قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لأنه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء العبيد الا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال الا واحداً صح لأن الإقرار يصح بجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لأن الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له فان ملك العبيد الا واحداً فذكر أنه المستثنى قبل ، ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه يرفع به الإقرار كله والصحيح أنه يقبل لأنه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للإقرار وانما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه : وان قتل الجميع الا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً فهلكوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة المالكين فلا يقضى التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها :

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء يالا ، فإذا قال له : على عشرة سوى درهم أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو ما خلا أو ما عدا درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لأنها تكون صفة

للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وإن لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جملاً منه بالعربية لا قصداً للصفة .

(فصل) ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً بالكلام فإن سكوت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لأنه إذا سكوت أو عدل عن إقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فإنه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه .

(فصل)

ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فإن قال له : على درهم ودرهم إلا درهماً أو ثلاثة دراهم ودرهمان إلا درهماً أو ثلاثة ونصف إلا نصفاً أو إلا درهماً أو خمسة وتسعون إلا خمسة ، لم يصح الاستثناء ، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء ، وهذا قول الشافعي ، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة ، وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمله الواحدة ومن أصلنا أن الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا) أن الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه ، والوجه الأول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع أحدهما جميعاً ولا نظير لهذا في كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره ما لو قال للبواب : من جاء يستأذن فأذن له واعطه درهماً إلا فلاناً ، ونظير مسألتنا ما لو قال : أكرم زيداً وعمراً إلا عمراً ،

وان قال له: على درهمان وثلاثة الا درهمين ، لم يصح أيضا لأنه يرفع الجملة الاولى الى
كلمها فأشبه ما لو قال أكرم زيدا وعمرا الا زيدا ، وان قال له : على ثلاثة وثلاثة
الا درهمين خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الأكثر
فاسد كاستثناء الكل .

(فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافا
اليه فاذا قال له : على عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنا خمسة مبقيا خمسة ،
وان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز
في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا
آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين فاذا كان صدر
الكلام اثباتا كان الاستثناء الاول نفيا والثاني اثباتا فان استثنى استثناء ثالثا كان
نفيا يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا
درهما كان مقرا بثمانية لأنه أثبت عشرة ثم أثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية
درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسنزيد لهذا الفصل فروعا في مسألة
استثناء الأكثر .

فصل اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان اقرارا بما أبدل به
كلامه ولم يكن اقرارا بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح
كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها ، وذكر القاضي : في هذا وجه أنها لا يصح لأنه
استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء انما هذا بدل وهو سائغ في اللغة ،
ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتغال وهو أن يبدل من الشيء بعض
ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل
القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال
(وما أنسانيه الا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره ، وان قال له هذه الدار
ثلثها أو قال ربعها صح ويكون مقرا بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس
ذلك باستثناء ، ومثله قوله تعالى (قم الليل الا قليلا نصفه) وقوله والله على الناس
حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من
الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف

وأنه يجوز إبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ، ألا ترى أن الله تعالى أبدل
المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام
وهو غيره ؟ ومن قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن
لا يسكنه إياها وأن يعود فيما أعاره :

« مسألة » قال (ومن ادعى عليه شيء وقال قد كان له على وقضيته لم يكن
ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسألة روايتين .

أحدهما : أن هذا ليس باقرار اختاره القاضي ، وقال : لم أجد عن أحد
رواية بغير هذا .

والثانية : أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والا حلف غريمه
وأخذ ، واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة : لأنه أقر بالدين وادعى القضاء
فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل
كاستثناء الكل : والشافعي قولان كالْمذهبين ، ووجه قول الخرق أنه قول متصل
يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض ، وفارق المنفصل لأن
حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع
بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة
لا تقبل إلا بينة وأما استثناء الكل فتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف
وليس عليه شيء .

(فصل) وإن قال له على مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام
فيما إذا قال وقضيتها ، وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين
فقال القاضي : لا يكون مقراً بشيء لأن الخمسين التي ذكر أنه قضائها ، في كلامه
ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله (منها) يحتمل أن
يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما على فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ، ويجيء على قول
من قال بالرواية الأخرى أن يلزمه الخمسون التي ادعى قضاءها لأن في ضمن دعوى
القضاء اقرار بأنها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة .

(فصل) وان قال كان له على ألف وسكت ، لزمه الألف في ظاهر كلام أصحابنا وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا بإقرار : لأنه لم يذكر عليه شيئا في الحال إنما أخبر بذلك فجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البيعة به لم يثبت .

ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقى على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه ههنا إن عاد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه ، لأنه لا تنافي بين إقراره وبين ما يدعيه .

(فصل)

وان قال له على ألف قضيته إياها لزمه الألف ولم تقبل دعوى القضاء ، وقال القاضى : تقبل ، لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً ، فأشبه ما لو قال كان له على وقضيته . وقال ابن أبي موسى : ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا بيعة ولزمه ما أقر به وله التمين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لأنه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل ، فأشبه ما لو استثناه بخلاف ما اذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت ، فأشبه استثناء الكل .

ولنا أن هذا قول متناقض اذا لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاء ، فإن كونه عليه يقتضى بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به ، وقضاؤه يقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به ، والاقرار به يقتضى ثبوته والقضاء يقتضى رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما اذا قال كان له على وقضيته فإنه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ويقتضى ما كان ديناً واذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فليث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فإنه يرفع جزءاً كان ثابتاً ، فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء .

وان وصل إقراره بما يسقطه فقال له على ألف من ثمن خر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على

أنى بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله فى إسقاطه ، ذكره أبو الخطاب ، وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وذكر القاضى أنه إذا قال له على ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل ، لأنه رفع كل ما اعترف به وقال فى سائر الصور التى ذكرناها يقبل قوله ، لأنه عزا إقراره الى سببه فقبل كما لو عزاه الى سبب صحيح .

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التى سلمها وكما لو قال له على ألف لا يلزمنى أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه ، فإن ثبوت ألف عليه فى هذه المواضع لا يتصور وإقراره اخبار بثبوته فيتنافيان ، وإن سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه .

فصل

ولا يقبل رجوع المقر عن إقراره الا فيما كان حدا لله تعالى يدرا بالشبهات ويحتاط لإسقاطه ، فأما حقوق الادميين وحقوق الله تعالى التى لاتدرا بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ، ولانعلم فى هذا خلافا ، فإذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمر أو ادعى زيد على ميت شيئا معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمر وهذا ظاهر أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر لا يغرم لعمر شيئا وهو قول أبى حنيفة ، لأنه أقر له بما عليه الإقرار به ، وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان .

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذى أقر له به بإقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به فى البحر ثم أقر به ، وإن قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو أو غصبتها من زيد وغصبتها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها اليه ويغرمها لعمر ، وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وقال فى الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد الى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى ، قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل قال لرجل استودعك هذا الثوب ؛ قال صدقت ، ثم قال استودعني رجل

آخر فالثوب للأول ويغرم قيمته للآخر ، ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل .

(فصل) فإن قال : غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمر و لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت في يده ، وهذا يقتضى كونها في يده بحق وملكها لعمر ولا ينافي ذلك لأنها يجوز أن تكون في يد زيد بإجارة أو عارية أو وصية ولا يغرم لعمر شيئا لأنه لم يكن منه تفريط ، وفارق هذا ما اذا قال : هذه الدار لزيد بل لعمر لأنه أقر للثاني بما أقر به للأول ، فكان الثاني رجوعا عن الأول ، لتعارضهما وهما لا تعارض بين اقراره به .

وان قال : ملكها لعمر وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ، ذكره القاضى ، وقيل : يلزمه دفعها الى عمر ويغرمها لزيد لأنه لما أقر بها لعمر أولا لم يقبل اقراره باليد لزيد ، وهذا وجه حسن ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ولو قال : هذا الآلف دفعه الى زيد وهو لعمر ، أو قال : هو لعمر ودفعه الى زيد فكذلك على مامضى من القول فيه

(فصل)

وان قال : غصبتها من أحدهما أو هى لأحدهما ، صح الاقرار لأنه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطلب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر ان ادعاه ولا يغرم له شيئا لأنه لم يقر له بشيء ، وان قال : لا أعرفه عينا فصدقه ، نزعت من يده وكانا خصمين فيها وان كذبا فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده ، فان كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وان لم تكن له بينة أقرعنا بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه ، وان بين الغاصب بعد ذلك مالها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه إذا ادعى كل واحد منهما أنه المفضوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم ينصبه فان حلف لأحدهما لزمه دفعها الى الآخر لأن ذلك يجرى مجرى تعيينه ، وان نكل عن اليمين لها جميعا فسلمت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لأنه نكل عن يمين توجهت عليه فقضى عليه كما لو ادعاه وحده .

(فصل) فان كان في يده عبدان فقال : أحد هذين لزيد ، طوب بالبيان

فإن عين أحدهما فصدقه زيد أخذه ، وإن قال : هذا لى والعبد الآخر فعليه اليمين
 فى العبد الذى ينكره . وإن قال زيد إنما لى العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه
 فى العبد الذى ينكره . ولا يدفع إلى زيد العبد المقر به لكن يقر فى يد المقر لأنه لم
 يصح إقراره به فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ينزع من يده لاعترافه بأنه لا يملكه
 ويكون فى بيت المال لأنه لا مالك له معروف . فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه
 فإن أبى التعيين فعينه المقر له وقال : هذا عبدى طوب بالجواب فإن أنكر حلف
 وكان بمنزلة تعيينه للآخر وإن نكل عن اليمين يقضى عليه ، وإن أقر له فهو كتعيينه
 (فصل) ولو أقر لرجل بعد ثم جاءه به فقال : هذا الذى أقررت به فقال :
 ليس هو هذا إنما هو آخر ، فعلى المقر اليمين أنه ليس له عنده سواه ، ولا يلزمه
 تسليم هذا إلى المقر له لأنه لا يدعيه ، وإن قال ، هذا لى ولى عندك آخر ، سلم إليه
 هذا وحلف له على نفي الآخر ، وكل من أقر لرجل بملك فكذبه بطل إقراره ، لأنه
 لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به ، وفى المال وجهان

أحدهما يترك فى يد المقر ، لأنه كان محكوماً له به ، فإذا بطل إقراره بقى
 على ما كان عليه .

والثانى يؤخذ الى بيت المال لأنه لم يثبت له مالك ، وقيل يؤخذ فيحفظ حتى
 يظهر مالكه ، لأنه لا يدعيه أحد ، ومذهب الشافعى مثل هذا ، فإن عاد أحدهما
 فكذب نفسه دفع إليه لأنه يدعيه ولا منازع له فيه ، وإن كذب كل واحد منهما
 نفسه فرجع المقر عن إقراره وادعاه المقر له ، فإن كان باقياً فى يد المقر فالقول
 قوله مع يمينه ، كما لو لم يقر به لغيره ^{١٢} : وإن كان معدوماً بتلف أو إباق ونحوه
 بغير تعد من أحدهما فلا شىء فيه من يمين ولا غيرها ، وإن كان بتعد من أحدهما
 فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً ، فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان
 تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم

مسألة ، قال (ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم
 قال زيوفاً أو صغاراً أو الى شهر كانت عشرة جياداً وافية حالة)

وجملته أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية ، وهي دراهم الإسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، وكل درهم ستة دوانق ، واقتضى أن تكون جياداً حالة : كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فإنها تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك ، فإن عاد فقال زيوقاً - يعني رديئة - أو صغاراً ، وهي الدراهم الناقصة ، مثل دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانق وذلك ثلثا درهم ، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه ، لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل : وهذا مذهب الشافعي : ولا فرق بين الإقرار بها ديناً أو ودية أو غصبا .

وقال أبو حنيفة : يقبل قوله في الغصب والوديعة لأنه أقر بفعل في عين . وذلك لا يقتضى سلامتها فأشبه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيها ولنا أن إطلاق الاسم يقتضى الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد ، فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه ، فأما إن وصفها بذلك بكلام متصل ، أو سكت للتنفس أو اعترضته سعة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه

وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل ، وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي ، لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل ، كما لو قال له على دراهم قضيته إياها ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة . وقال القاضي إن قال : له على عشرة دراهم ناقصة قبل قوله ، وإن قال صغاراً وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضاً ، وإن لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال دريهم لزمه درهم وازن ، وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي . ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض ، وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل ، فإذا وصفها بذلك تقيدت به ، كما لو وصف الثمن به فقال : بعثك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن

وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وانما يؤخره ، فأشبهه الثمن المؤجل ، يحققه أن الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لاسبيل له الى الاقرار بها الا على وجه يؤاخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الاقرار وقول من قال : ان قوله صغراً ينصرف الى المقدار لا يصح ، لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا يثبت في الذمة بمساحة مقدرة : وانما يعتبر الصغر والكبر في الوزن ، فيرجع الى تفسير المقرر

فأما ان قال زيوفاً وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره ، وان فسرهما بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل ، لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وان أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصفا : ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب ، أو في بلد دراهمهم مغشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان أولهما يلزمه من دراهم البلد ودنانيره ، لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والأمان

والثاني تلزمه الموازنة الخالصة من الغش لأن اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل أن بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص ، وفارق البيع فانه ايجاب في الحال فاخص بدراهم الموضع الذي هما فيه ، والاقرار اخبار عن حق سابق فانصرف الى دراهم الاسلام

(فصل) وان أقر بدراهم وأطلق ثم فسرهما بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان اطلاقه ينصرف اليه ، وان فسرهما بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل ، لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك ان كانت مثلها لانه لا ينهم في ذلك ، وان كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمال أن لا يقبل لأن اطلاقها يقتضى دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها ، كما لا يقبل في البيع ، ولانها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالناقصة وزناً ، ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسر به ، وفارق الناقصة لان اطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها

بخلاف هذه : ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه
إيجاب في الحال ، وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه كبير
في العرف ، وإن قال له على درهم فهو كما لو قال درهم ، لأن التصغير قد يكون
لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره ، وقد يكون لمحبه كما قال الشاعر .

بذيالك الوادى أهيم ولم أقل بذيالك الوادى وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولعت به أحرف التصغير من شدة الوجد
وان قال له على عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنه ، لأن إطلاق
الدراهم يقتضى وازنه ، وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما ، فإن كان في بلد
يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم ما لو أقر بها في بلد أوزانهم ناقصة أو
دراهمهم مغشوشة على ما فصل فيه .

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد ، وبهذا قال الشافعي
وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان ، كما لو قال له على درهم ودرهم ، ولا فرق بين أن
يكون الإقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو بمجالس
ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله تعالى الخبر عن
إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعبياً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن
المذكور في قصة غير المذكور في أخرى كذا ههنا ، فإن وصف أحدهما وأطلق
الآخر فكذلك ، لأنه لا يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف ، أطلقه في حال
ووصفه في حال ، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيده لما ذكرنا ، وإن
وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال
له على درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب ، ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال
درهم أبيض ثم قال درهم أسود ، فهما درهمان لأنهما متغايران

(فصل) وإن قال له على درهم ودرهم : أو درهم فدرهم ، أو درهم
ثم درهم لزمه درهمان ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه . وذكر القاضي وجهاً فيما
إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه ، وهو قول
الشافعي ، لأنه يحتمل الصفة

ولنا أن الفاء أحد حروف العطف — الثلاثة فأشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئا على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلبه الشافعي، وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له على درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له على درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة ، ونحو ذلك لزمه ذلك كله، وإن قال له على درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا . أنه إذا قال : أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيان أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه . أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والإقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له على درهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له على درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجه واحد لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليها فلم يحتمل التأكيد .

(فصل) وإن قال له على درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي : وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما .

ولنا أنه إنما نفي الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال : له على درهم بل أكثر فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين ، وإن قال له على درهم بل درهم أو لكن درهم فقيه وجهان .

أحدهما . يلزمه درهم واحد لأن أحد قال : فيمن قال لامرأته أنت طالق لا بل أنت طالق أنها لا تطلق إلا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي ، لأنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال : بل على درهم، و (لكن للاستدراك فهي في معنى (بل) إلا أن الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها جملة .

والوجه الثاني : يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ،
ونقيضه قول زفر وداود . لان ما بعد الإضراب يغير ما قبله فيجب أن يكون
الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال
له على درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف ، والمعطوف غير المعطوف
عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له على درهم ودرهم ولأننا لو لم نوجب عليه إلا درهما
جعلنا كلامه لغوا وإضرابه عنه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً ،
ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن
يقول له على درهم ، بل دينار أو ديناران أو له على قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا
الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني
ولا بعضه فكان مقرا بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين
أقر بإحدهما ثم رجع الى الأخرى لزمه : وان قال له على درهمان بل درهم
أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم
يقبل نفيه له بخلاف الاستثناء فإنه لا ينفي شيئاً أقر به ، وإنما هو عبارة عن الباقي
بعد الاستثناء فإذا قال . له عشرة الا درهما كان معناه تسعة .

(فصل) وان قال له على درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال
قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في
الوجوب ، وان قال له على درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي
يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي . لانه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق
درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع
درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب : يلزمه درهمان وهو القول
الثاني للشافعي ، لان هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم
آخر اليه ، وقد ذكر ذلك في سياق الإقرار فالظاهر أنه اقرار ولان قوله (على)
يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ، ولا فوقه ،
ولا تحته فإنه لا يثبت للإنسان في ذمة نفسه شيء . وقال أبو حنيفة وأصحابه ، ان
قال فوق درهم لزمه درهمان . لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال :
تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص .

ولنا إن حل كلامه على مبنى العطف فلا فرق بينهما وإن حل على الصفة للدرهم المقرب به وجب أن يكون المقرب به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضى زيادة الجودة أو نقصها وإن قال له على درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول فى ذلك كالقول فى الدرهم سواء .
(فصل) وإن قال له على ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وإن قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبى حنيفة لأن من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها وإلى لا انتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام إلى الليل) .
والثانى : تلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان فى الإقرار ولزمه ما بينهما كالتى قبلها .

والثالث : تلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فیدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره فإن قال : أردت بقولى من واحد إلى عشرة بجموع الأعداد كلها أى الواحد والاثنان وكذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها فى نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب .

(فصل) وإن قال له على دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع وإن قال له على دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : لا يقبل تفسيره بدون العشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل الغنى وتجب الزكاة .

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كثيرة فى نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال .

(فصل) وإن قال له على درهمان فى عشرة وقال أردت الحساب لزمه عشرون وإن قال أردت درهمين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لأن كثيرا من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وإن كان من أهل الحساب

احتمل أن لا يقبل لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه لمعانيها في اصطلاحهم
ويحتمل أن يقبل لأنه لا يمنع أن يستعمل اصطلاح العامة وإن قال أردت درهمين
في عشرة لي لزمه درهمان لأنه يحتمل ما يقول وإن قال درهمان في دينار لم يحتمل
الحساب وسئل عن مراده ، فإن قال أردت العطف — أو معنى (مع) لزمه الدرهمان
والدينار وإن قال أسلتهما في دينار فصدقه المقر له بطل إقراره لأن سلم أحد
النقدين في الآخر لا يصح وإن كذبه فالقول قول المقر له لأن المقر وصل إقراره
بما يسقطه فلزمه ما أقر به وبطل قوله في دينار وكذلك إن قال له على درهمان
في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره
لأنه إن كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وإن كان قبل التفرق فالمقر بالخيار
بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان .

فصل

وان قال : له عندى درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في
غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق ،
أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق فقيه وجهان .
أحدهما : يكون مقرا بالمظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد
ومذهب مالك والشافعى . لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في
ظرف للمقر فلم يلزمه .

والثانى : يلزمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الإقرار ويصلح أن يكون مقراً
به فلزمه كما لو قال له عندى عبد عليه عمامة ، وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه
ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر أنه ظرف له
في حال الغصب صار كأنه قال غصبت ثوباً ومنديلاً .

ولنا أنه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول :
غصبت ثوباً في منديل لي ولو قال هذا لم يكن مقراً بغصبه ، فإذا أطلق كان محتملاً
له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها ، أو له على ثوب في
منديل ، وإن قال له عندى جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر أو قراب فيه سكين

فعلى وجهين ، وإن قال له على خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبه ما لو قال له على ثوب فيه علم ولو قال له : عندى خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعها وإن قال : له على ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه .

(فصل) وإن قال له عندى دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة فقيه أيضاً وجهان ، وقال أصحاب الشافعى تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد الدابة والدار .

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فأما إن قال له عندى دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بها بغير خلاف لأن الباء تعلق الثانى بالاول .

(فصل) وإن قال له على درهم أو دينار أو إما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع فى تفسيره إليه لأن أو وإما فى الخبر كالشك وتقتضى أحداً المذكورين لا جميعهما ، وإن قال له : على إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثانى مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

« مسألة ، قال (ومن أقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف أخذ بالكل وكان استثناءه باطلاً) »

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوى وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى وأصحابهم : يصح ما لم يستثن الكلى فلو قال له على مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى (فبعتك لا أغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) فاستثنى فى موضع الغاوين من العباد وفى موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناء الأكثر وأنشدوا :

أدوا التى نقصت تسعين من مائة ثم ابعدوا حكماً بالحق قواماً

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الاقل ؛ ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الاكثر كال تخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الاقل وقد أنكروا استثناء الاكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ، ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحدا أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقبت القوم الا أكثرهم ، واذا لم يكن صحيحا في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له على عشرة بل خمسة : فأما ما احتجوا به من التنزيل فإنه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الاقل : كما قال تعالى (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الاقل فإن الملائكة من العباد وهم غير غاوين ، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (ان عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومته لم يستثن منه شيء ثم استأنف (الا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فإنهم غوا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لا تباعه (وما كان لي عليكم من سلطان الا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة . وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب ، على أن هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجوز كاستثناء الكل . والفرق بين استثناء الاكثر والاقل ان العرب استعملته في الاقل وحسنه ، ونفته في الاكثر وقبحته فلم يجوز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه .

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان . أحدهما . يجوز وهو ظاهر كلام الحرق لتخصيصه الابطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالاقل . والثاني : لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم الا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصل)

وإن قال له على عشرة الا سبعة الا خمسة الا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لأنه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط أن وقف عليه وإن وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة الا درهمين عبارة عن ثلاثة استثنائها من سبعة بقي أربعة مستثناة من عشر بقي منها ستة ، وإن قال له : على ثمانية الا أربعة الا درهمين الا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لأنه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة .

وإن قال : على عشرة الا خمسة الا ثلاثة الا درهمين الا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة ، ولو قال عشرة الا ستة الا أربعة الا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقرب ستة ولو قال ثلاثة الا درهمين الا درهماً كان مقراً بثلاثة .

فأما إن قال له على ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء كله لأن استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأول أكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثاني بطل الأول لأنه استثناء الكل ولا يحجب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه :

أحدها : يبطل الاستثناء ، لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لأنه فرعه . والثاني : يصح ويلزمه درهم ، لأن الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لأنه وليه لبطلان ما بينهما .

والثالث : يصح ويكون مقراً بدرهمين ، لأنه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار ، واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه : وإن قال ثلاثة الا ثلاثة الا درهماً بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وإن قال : له على ألف درهم الا خمسين فالمستثنى دراهم لأن العرب لا تستثنى في الاثبات الا من الجنس ، وإن قال : له على ألف الا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور ، وقال أبو الحسن النيمى وأبو الخطاب يكون الألف مبهماً يرجع في تفسيره إليه وهذا

قول مالك والشافعي ، لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه في الألف مبهم والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه .

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات إلا من الجنس فتنى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلوه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التيمم يسأل عن المستثنى منه فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

فصل

وان قال : له على تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً ، وان قال مائة وخمسون درهما فكذلك : وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما وألف درهم أو ألف ومائة درهم أو مائة وألف درهم والصحيح ما ذكرنا فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المهمة وجنس العدد ، قال الله مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (ان هذا أخى له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفى أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفى عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عنترة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الأسحم
ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لأنها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة ، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس المفسر أو قال : بعثك هذا بمائة وخمسين درهما : أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يقول عليه .
(فصل) وان قال : له على ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز حنطة فالجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون ، وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور .

وقال التيمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجلد إليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولأن الألف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها ، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكبلا أو موزونا كان تفسيراً له وإن عطف منزهة أو معدودا لم يكن تفسيراً لأن على الإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما ثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهما

ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر مبهما مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر ، كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا ، يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير . وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره ؛ فوجب حمل الأمر على ذلك

أما قوله (أربعة أشهر وعشرا) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهرا الوجهين : أحدهما أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة ، فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت أشهرا لقال أربعة عشر شهرا بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر)

وقولهم أن الألف مبهم ، قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهما ، أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة ، فإن قيل : إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيراً لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير ، بدليل أنه زاد به العدد ، قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معا ، والحاجة داعية إلى التفسير ، فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفاً له إلى البيان والافهام

وقول أصحاب أبي حنيفة أن (على) للإيجاب ، قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسرا وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر ، فأما إن لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث

أو بالعكس ونحو ذلك ، فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ، ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال له على أربعة دراهم وعشر

«مسألة» قال (واذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله) وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر إقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لانهلم فيه اختلافا بين أهل العلم ، سواء فسر به بكلام متصل أو منفصل لانه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل ، كما لو قال له على دراهم وفسرهما بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله ؛ وإن فسرهما بدين عليه قبل أيضا لانه بقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال له عندي وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الإقرار والرجوع عما أقر به ، فإن الالف المردود والتالف ليست عنده أصلا ولا هي وديعة ؛ وكل كلام يناقض الإقرار ويحيله يجب أن يكون مردوداً

وقال القاضي يقبل قوله ، لأن أحد قال في رواية ابن منصور : إذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أو ردها فقبل ، كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل ، وإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

«مسألة» قال (ولو قال له على ألف ثم قال وديعة لم يقبل قوله) وجملته ذلك أنه إذا أقر بدراهم بقوله على كذا ثم فسر بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة ، وإذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه . وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لأن الوديعة عليه حفظها وردّها ، فإذا قال على وفسرهما بذلك احتمل صدقه فقبل منه ، كما لو وصله بكلامه فقال على ألف وديعة ولأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضا فيجوز أن يستعمل على بمعنى عندي ، كما قال الله تعالى إخبارا عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم على ذنب) أي عندي . ولأننا أن على للإيجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ، وكذلك لو قال ما على فلان على كان ضامنا

له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف
المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرب مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر
اللفظ بدليل أنه لو قال له على دراهم لزمته ثلاثة دراهم وإن جاز التعبير بلفظ الجمع
عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فإن كان له إخوة فلأمه السدس)
ومواضع كثيرة في القرآن ، ولو قال له على درهم وقال أردت نصف درهم فحذفت
المضاف وأقيمت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه ، ولو قال لك من مالى ألف قال
صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالى ألفاً وأقيمت اللام مقام (على) كقول الله
تعالى (وإن أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط
ولقب تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة ، وأما إذا قال لك على ألف—
ثم قال كان وديعة فتلغ— لم يقبل قوله لأنه متناقض وقد سبق نحو من هذا .

(فصل)

وان قال لك على مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التى أقررت بها وهى وديعة
كانت لك عندى فقال المقر له هذه وديعة والتى أقررت بها غيرها وهى دين عليك
فقول الخرقى يقتضى أن القول قول المقر له ، وهو قول أبى حنيفة .

وقال القاضى القول قول المقر مع يمينه وللشافعى قولان كالوجهين وتعليلها
ما تقدم وإن كان قال فى إقراره لك على مائة فى ذمى فإن القاضى وافق ههنا فى
أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون فى الذمة ، قال وقد قيل يقبل
لأنه يحتمل فى ذمى أداؤها ولأنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان
ضمانها عليه فى ذمته ولاصحاب الشافعى فى هذه وجهان .

فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك على مائة وديعة قبل لانه وصل كلامه
بما يحتمله فصح كما لو قال له على دراهم ناقصة ، وإن قال له على مائة وديعة دينا
أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لأنها قد يتعدى فيها فتكون دينا ، وإن قال
أردت أنه شرط على ضمانها لم يقبل لأنها تصير بذلك دينا ، وإن قال عنده مائة
وديعة شرط على ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة .

وان قال على وعندى مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء
حكنا بصحة العارية فى الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن فى العقد الصحيح ضمن

في الفاسد ، وان قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل إذا كان منفصلا وهكذا إذا قال تقدني مائة فلم أقبضها ، وهذا قول الشافعي .

(فصل) فإن قال له في هذا العبد ألف أو له من هذا العبد ألف طول بالبيان فإن قال نقد عني ألفا في ثمنه كان قرضا ، وان قال نقد في ثمنه ألفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفا كان مقراً بنصف العبد ، وان قال وزنت ألفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يغبن وقد يغبن ، وان قال اشتريناه بإيجابين قبل فكم اشتري منه فإن قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها ، وان قال وصى له بألف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه ألف وان أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصى له يتعين حقه في ثمنه ، وان فسر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه ، وان قال أردت أنه رهن عنده بألف ففيه وجهان .

(أحدهما لا يقبل لأن حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل ، لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل)

وان قال له في مالي هذا ألف أو من مالي ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل . وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل إقراره لأن ماله ليس هو لغيره ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف إليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف ماله لغيره إليه لا اختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا وقال سبحانه في النساء (لا تخرجوهن من يوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في يوتكن) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته .

وان قال أردت هبة قبل منه ، لانه محتمل وان امتنع من تقييدها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما إذا قال لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبيدي هذا لفلان لم يجز إلا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالي هذا لفلان ، لا أعرف هذا . ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فأقراره جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار ، فإن قال له في هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح ، وان قال له في هذا المال ألف صح ، وان قال له في ميراث أبي ألف فهو إقرار بدين على التركة .

وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ، ولانه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه ، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل إلى فلا يحمل على الوجوب وإذا أضاف إليه منه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً من ماله .

(فصل : وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه ، وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا .

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل . وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا

فصل في الإقرار بالمجهول

وإذا قال لفلان على شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح بجهولة لكون الدعوى له والإقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ، ولأن المدعى إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فالزمناء إياه مع الجهالة ، فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر .

وقال القاضي : يجعل ناكلا ويؤمر المقر له بالبيان ، فإن بين شيئا فصدقه المقر ثبت ، وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له : إن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك ، وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا : إن بينت والا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك ، فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر . ووجه الأول أنه ممتنع من حق عليه فيحبس به ، كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه فشكل المقر فهو على ما ذكرناه . وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك . لأن الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته ، وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم ما لزم موروثهم ، كما لو كان الحق معيناً ، وإن لم يخلف الميت تركته فلا شيء على الورثة ، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره . وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره . لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته ، وهذا لا يثبت في الذمة . وكذلك إن فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير والميتة لم يقبل ، وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك ، وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوع ففيه وجهان . أحدهما يقبل لأنه شيء يجب رده عليه ، وتسليمه إليه فلا يجاب بتناوله والثاني لا يقبل لأن الإقرار اخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه ، وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل ، لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بحذ قذف قبل ، لأنه حق يجب عليه ، ويحتمل أن لا يقبل لأنه لا يؤول إلى مال ؛ والأول أصح ، لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو على ، وإن فسره بحق شفعة قبل ، لأنه حق واجب ويؤول إلى المال ، وإن فسره برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل ، لأنه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة . وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ، ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقا على رد سلامه إذا سلم وتسميته إذا عطس ، لما روى في الخبر ، المسلم على المسلم ثلاثون حقاً : يرد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته ، وذكر الحديث ، وإن قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل ، لأن اسم الغصب يقع عليه .

وان قال غصبته نفسه لم يقبل : لان الغصب لا يثبت عليه ، وهذا الفصل أكثره
مذهب الشافعى . وحكى عن أبى حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل
والموزون لأن غيرهما لا يثبت فى الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء فى الاقرار كالمكيل
والموزون ، ولأنه يثبت فى الذمة فى الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب
ثبوته فى الاقرار به والاخبار عنه

(فصل)

وان أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره ، وبهذا قال الشافعى . وقال
أبو حنيفة : لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوى ، لقول الله تعالى (خذ من أموالهم
صدقة تطهرهم) وقوله (وفى أموالهم حق) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة
أوجه : أحدها كقولنا

والثانى لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم
والثالث ما يقطع به السارق ويصح مهراً لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)
ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل
تفسيره به كالذى وافقوا عليه . وأما آيات الزكاة فهى عامة دخلها التخصيص .
وقوله تعالى (وفى أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض
الزكاة فلا حجة لهم فيها ، ثم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) والتزويج
جائز بأى نوع كان من المال وبما دون النصاب ، وان قال : له على مال عظيم أو
كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد
عليه ، وهذا قول الشافعى

وحكى عن أبى حنيفة : لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لأنه يقطع به
السارق ويكون صداقاً عنده ، وعنه لا يقبل بأقل من مائتى درهم ، وبه قال أصحابه
لأنه الذى تجب فيه الزكاة . وقال بعض أصحاب مالك كقولهم فى المال ، ومنهم
من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ، ومنهم من قال قدر الدية

وقال الليث بن سعد : اثنان وسبعون ، لأن الله تعالى قال (لقد نصركم الله فى

مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين، قالوا ولأن الحجة لا تسمى
مالا عظيما ولا كثيرا

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلوه، ولأن العظيم والكثير
لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف ويختلف الناس فيه، فمنهم من
يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير، فلم يثبت في
ذلك حد يرجع إلى تفسيره به، ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى
ما دونه، ويحتمل أنه أراد عظيما عنده لفقر نفسه ودناءتها، وما ذكروه فليس فيه
تحديد للكثير، وكون ما ذكروه كثيرا لا يمنع الكثرة فيها دونه، وقد قال
الله تعالى (اذكروا الله كثيرا) فلم ينصرف إلى ذلك، وقال (كم من فئة قليلة
غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك، والحكم فيما إذا قال عظيم جدا أو عظيم عظيم
كما لو لم يقله لما قررناه .

(فصل) وإن قال: له على أكثر من مال فلان قصره بأكثره منه عددا أو قدر الزمه
أكثر منه، وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل، وإن قال: ما علت
لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف
به، لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في الأكثر، وقد يكون ظاهرا وباطنا فيملك
مالا يعرفه المقر، فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه أكثر
منه. وإن فسر به بأقل من ماله مع عليه بماله لم يقبل .

وقال أصحابنا . يقبل تفسيره بالقليل والكثير، وهو مذهب الشافعي، سواء
علم مال فلان أو جهله، أو ذكر قدره أو لم يذكره، أو قاله عقيب الشهادة بقدره
أو لا، لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه
في الذمة، قال القاضي: ولو قال لي عليك ألف دينار، فقال لك على أكثر من
ذلك لم يلزمه أكثر منها، لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا، ويحتمل أنه
أراد أكثر منه فلوسا أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها إليه،
وهذا بعيد، فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتنصرف
إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك. قال الله تعالى
(كانوا أكثر منهم)

وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا) وقالوا نحن أكثر أموالا وأولاداً والإقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدرهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له : على درهم لمن يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الإقرار ، واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا .

(فصل) ولو قال له على ألف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل القليل والكثير ، لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على ما دون النصف ، وكذلك إن قال : إلا قليلاً لأنه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً ، وإن قال له على معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادعت عليه .

(فصل) وإن قال له على كذا ففيه ثلاث مسائل :

أحدها : أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف .

الثانية : أن يكرر بغير عطف ، الثالثة : أن يعطف فيقول كذا وكذا .

فأما الأولى : فإذا قال له . كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال .

أحدها : أن يقول له على كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم ، وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا .

الثاني : أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه ، والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ، ويكون كذا كناية عنه .

الثالث : أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير ، وهو التمييز ، وقال بعض النحويين : هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم ، وهذا على قول نخاة الكوفة .

الرابع : أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً ، لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال القاضي : يلزمه درهم في الحالات كلها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا أن كذا اسم مبهم ، فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف .

المسألة الثانية : إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير

تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضى تكريره الزيادة كأنه قال : شئ شئ ،
ولأنه إذا قاله بالجر احتمال أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ، ثم أضاف الجزء
الآخر إلى الدرهم فقال : نصف تسع درهم وهكذا لو قال : كذا كذا كذا لأنه
يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه .

المسألة الثالثة : إذا عطف فقال : كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد ،
لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منها درهما فصار كأنه قال . هما درهم : وإن قال :
درهما بالنصب ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يلزمه درهم واحد ، وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضى ،
لأن كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز
وكان كلاماً صحيحاً ، وهذا يحكى قولاً للشافعى .

والوجه الثانى : يلزمه درهما ، وهو اختيار أبي الحسن التميمى لأنه ذكر
جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحدة منها كقوله عشرون درهما
يعود التفسير إلى العشرين وكذا ههنا ، وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعى .

والوجه الثالث : يلزمه أكثر من درهم ، وأعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير
للجملة التى تليه ويلزمه بها درهم ، والاولى باقية على إبهامها فيرجع فى تفسيرها إليه
وهذا يشبه مذهب التميمى . وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهما لزمه عشرون
درهما لأنه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا كذا درهما لزمه
أحد عشر درهما لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال
كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض
يفسر بذلك ، وإن قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لأنه أقل عدد يضاف
إلى الواحد ، وحكى عن أبي يوسف أنه قال . كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما
أحد عشر درهما .

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين
وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له على دراهم لم يلزمه إلا أقل
الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فإن اللفظ إذا كان حقيقة فى الأمرين جاز التفسير
بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجبا لا أكثر من المكرر

فإنه يجب بالمفرد عشرون ، وبالمركب إحدى عشر ، ولا نعرف لفظا مفردا متاولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره .

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبتك لم يلزمه شيء لانه قد يغصبه نفسه ويغيبه في غير المال ، وإن قال غصبتك شيئا وفسره بغصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين ، فجعله المفعول الاول وشيئا المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول ، وإن فسر به مال قبل وإن قل ، وإن فسر به كلب أو جلد ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه ، وإن فسر به بما لا تنفع فيه أو بما لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب .

(فصل) وتقبل الشهادة على الإقرار بالجهول لان الإقرار به صحيح وما كان صحيحا في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم .

مسألة ، قال (ولو قال له عندى رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك

انما قدم قول المالك لان العين ثبتت له بالإقرار وادعى المقر ديننا لا يعترف له به والقول قول المنكر ، ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ، وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله الا بينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولى سكنها سنة .

(فصل) وإن قال لك على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لى عليك ألف ولا شيء لك عندى فقال أبو الخطاب ، فيه وجهان .

أحدهما . القول قول المقر له لانه اعترف له بالألف وادعى عليه مبيعا فأشبه ما اذا قال هذارهن فقال المالك وديعة أو له على ألف ولى عنده مبيع لم أقبضه . والثاني . القول قول المقر ، قال القاضى . هو قياس المذهب وهو قول الشافعى وأبى يوسف لانه أقرب بحق في مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم للبقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعثك هذا العبد بألف ، قال بل ملكته بغير شيء ، وفارق ما لو قال له عندى رهن فقال المالك بل وديعة لان الدين ينفك عن الرهن ،

ولو قال السيد لعبدك بعثك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر لأن العتق ينفك عن الثمن ، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً ، فلو قال : له على ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً لأن إقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض فقبل قوله فيه ، فأما إن قال : على ألف ثم سكت ثم قال : من ثمن مبيع لم يقبل لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال : له على ألف ثم سكت ثم قال : مؤجل .

فصل

وإذا قال بعثك جاريتي هذه ، قال : بل زوجتنيها فلا يخلو ، إما أن يكون اختلافها قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده ، فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها المدعى الزوجية لأنه يدعى عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكة ويدعى حايها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها ، وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبايع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعى الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لإقرار من ينسب إليه ملكة بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الأصل ولا ترد الأمة إلى البائع لإقراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه ، وإن اختلفا في سببه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي ، إلا أنه لا يجعل على البائع يمينا لأنه لا يرى اليمين في إنكار النكاح : ونفقة الولد على أبيه لأنه حر ونفقة الأمة على زوجها لأنه أما زوج وإما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة ، وقال القاضي نفقتها في كسبها فإن كان فيه فضل فهي موقوفة لاتنازلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد ، فإن ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لأنه إما أن يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري وللمشتري

مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه ، وإن كان كاذباً فهي ملكه وتركها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فيراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فيراثها موقوف لأن أحداً لا يدعيه ، وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن ، لأنه يدعي الثمن على الواطئ . وليس ميراثها له لأنه قد مات قبلها ، وإن كان اختلافاً قبل الاستيلاء فعندى أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلمها واستحقاقه امساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولا ترد إلى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك . والأمر في الباطن على ذلك فإن السيد إن كان صادقاً فالامة حلال لزوجها بالبيع ، وإن كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه إن كان السيد صادقاً فهو يستحقه ثمناً وإن كان كاذباً فهو يستحقه مهراً ، وقال القاضي : يخلف الزوج أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه : وعند الشافعي يتحالفان معا ويسقط الثمن عن الزوج لأن عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر ، لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان .

أحدهما : ترجع إليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلعة عند فسخ المشتري بالثمن لأن الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخ البيع وتعود إليه ملكاً .

والثاني : ترجع إليه في الظاهر دون الباطن ، لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع إمكانه ، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه فحسن وإن كان دونه أخذه ، وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لأن المشتري يقر بها للبائع ، والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول ، فهل تقر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، فإن رجع البائع وقال صدق خصمي ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل في إسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها إن صارت أم ولد وقبل في إسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها ، وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن .

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحا بالنسبة الى البائع لانه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذا واستخلاصا فإذا صار في يده حكم بحريته لاقراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا فرد الحاكم شهادتهما فدفعها الى الزوج عوضا ليخلعا صحح وكان في حقه خلعا صحيحا وفي حقهما استخلاصا ويكون ولاؤه موقوفا لان أحدا لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان أحدا لا يدعيه سواء لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن الى المشتري لاقراره بطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لان أحدا لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لانها حق لغيره وان رجعا معا فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لأحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف ويأخذه لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان .

أحدهما : يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحدا لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك .

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه الى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء فإن رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه ، وان قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر .

مسألة ، قال (ولو مات خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطى الفضل الذي في يديه لمن أقر له به)

وجملة ذلك أن أحد الوارثين اذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن اثباته في حق المقر دون

المنكر ولا يمكن إثباته في حقها ، لأن أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم . وقال الشافعي لا يشاركه ، وحكى ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقرؤا جميعاً لأنه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب .

ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم بطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فانكر الآخر ، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم بطلانه ولأنه يقر له بال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أميه أو أقر له بوصية فانكر سائر الورثة . إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل مافي يد المقر عن ميراثه ، وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن ابن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف مافي يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث مافي يده لأنه أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب يتعلق الحق بباقيها . والذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم أثلاثاً فلا يستحق مافي يده الا الثلث كما لو ثبت نسبه بيته ، ولأنه أقرار بحق يتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالإقرار بالوصية ، وكالإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نفعا لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت بيته لم يلزمه الا قدر حصته فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وههنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولاصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع الى المقر له نصيبه ؟ على وجهين . أحدهما : يلزمه وهو الأصح ؛ وهل يلزمه أن يدفع اليه نصف مافي يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل)

وان أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث ثبت نسبه ، سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ، وحكاة عن أبي حنيفة ، لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه ، والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والأيمان التي له وعليه ، وكذلك في النسب

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخى عتبة اذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة ، وقال « احتجى منه بأسودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت الا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره ، فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ، ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر العدد فيه كاقرار الموروث ، واعتباره بالشهادة لا يصح . لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ، ويبطل بالاقرار بالدين .

(فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط :

أحدها : أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم من اتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه

الثاني أن لا ينازعه فيه منازع ، لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

الثالث أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله
الرابع أن يكون ممن لا قول له ، كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان

ذا قول وهو المكلف ، فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه ، فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره لأن نسبه ثابت ، وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده ، وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ، ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف ، لأن الأب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه ، وإن اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فأما إن كان إقراراً عليه وعلى غيره كإقرار باخ اعتبر فيه الشروط الأربعة وشرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة ، فإن كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معها لم يثبت النسب بإقرارهما ، لأن المقر لا يرث المال كله . وإن اعترف به الإمام معه ثبت النسب لأنه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي

وإن كان الوارث بنتاً أو اختاً أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لأنه يرث المال كله . وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لأنه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافقه الإمام في الإقرار وجهان ، وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه

وإن كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لأنها يأخذان المال كله ، وإذا أقر ببن ابنه وابنة ميت اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الإقرار بالأخ ؛ وكذلك إن أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه

(فصل)

وإن كان أحد الوالدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لأنه يحوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث ، وإن كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث ، وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً

(فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف ، كالصبي والمجنون ، فأقر المكلف باخ ثالث لم يثبت النسب بإقراره ، لأنه لا يحوز الميراث كله ، فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقرا به أيضاً ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه ، وإن أنكر لم يثبت النسب ، وإن ماتا قبل أن يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به ، لأنه وجد

الإقرار من جميع الورثة ، فإن المقر به صار جميع الورثة ، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر به أحدهما وأنكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به ، لأن المقر به صار جميع الورثة ، فأشبه ما لو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف

وفيه وجه آخر أنه لا يثبت النسب لأنه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت ؛ بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلف فإنه لم ينكره وارث ، وهذا فيما إذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت ، فإن كان للميت وارث سواه أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منهما وجهاً واحداً لأنه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه ، فإذا وافق المقر في إقراره ثبت النسب ، وإن خالفه لم يثبت كالموروث ، وإن خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لإقرار جميع الورثة به ، ويحتمل أن لا يثبت لانكار الميت له

(فصل) وإذا أقر الوارث بمن يحجبه ، كاخ أقر ببن للميت وأخ من أب أقر بأخ من أبوين وابن ابن أقر ببن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر . وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس بن سريج . وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن توريثه يفضي إلى إسقاط توريثه فسقط ، بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيبطل إقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه إلى إسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الإرث فيدخل في عموم قوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين (أو فيرث ، كما لو ثبت نسبه بينه ، ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يرث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع ؛ وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به ، وخروجه بالإقرار عن الإرث لا يمنع صحته ، بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فإنه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة .

فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراراً من جميع الورثة

وان كان المقر به طفلا أو مجنونا لم يعتبر قوله ، فقد أقر كل من يعتبر قوله : قلنا ومثله ههنا فإنه ان كان المقر به كبيرا فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره ، وان كان صغيرا غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كما لو كانا ابنين أحدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته ، كذا ههنا ، ولانه لو كان في يد انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له ، وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا ، كذا ههنا

(فصل)

فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ، ثم ان أقر بثالث ثبت نسبه أيضا لانه اقرار من جميع الورثة ، فان قال الثالث : الثاني ليس بأخ لنا ، فقال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر لنسب الثاني ، فأشبه ما لو كان نسبه ثابتا قبل الثاني : وفيه وجه آخر : لا يسقط نسبه ولا ميراثه ، لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ، ولانه أقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ، ولأن الثاني لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه وإنما ثبت نسبه بإقراره فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالاول ، ولان ذلك يؤدي الى إسقاط الاصل بالفرع الذي يثبت به

(فصل) وان أقر الابن بأخوين دفعة واحدة ، فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما ، وان تكاذبا ففيهما وجهان : أحدهما لا يثبت نسبهما ، وهو مذهب الشافعي ، لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة .

والثاني يثبت نسبهما ، لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره ، كما لو كانا صغيرين ، فان كان أحدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما ، وفي الآخر وجهان ، وان كانا توأمين ثبت نسبهما ، ولم يلتفت الى انكار المنكر منهما سواء نجاحدا معا أو جحد أحدهما صاحبه لاتنا نعلم كذبهما ، فانهما لا يفرقان ، ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر لانها لا يفرقا في النسب ، وان أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين

وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجمده أحد فأشبهه ما لو انفرد، ويحتمل ألا يثبت لأن أحدهما وارث، ولم يقر بصاحبه، فلم يجمع كل الورثة على الاقرار به، ويدفع المقر إلى كل واحد منها ثلث الميراث، سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لأنه مقر به

(فصل)

إذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للبيت وأنكر الأخ لم يثبت نسبه؛ ودفعت إليه ثمن الميراث، وهو الفضله التي في يد الزوجة عن ميراثها، وإن أقر به الأخ وحده لم يثبت نسبه ودفع إليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فإن خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لأبيه وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع إليها نصف ثمن الميراث. ولأصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا، لأن الزوجية زالت بالموت وإنما المقر به حقها من الميراث

ولهم وجه آخر: لاشيء لها، وإن كان للبيت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها، لأن الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر، وكذلك ما كان مثل هذا، مثل أن يخلف أخا من أب وأخا من أم، فيقر الأخ من الأم بأخ للبيت، فلا شيء للمقر به، سواء أقر بأخ من أبوين أو من أب أو من أم لأن ميراثه في يد غير المقر، وإن أقر بأخوين من أم دفع إليهما ثلث ما في يده، لأنه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع، فيفضل في يده نصف تسع، وهو ثلث ما في يده

(فصل) وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين، وكذلك إن شهدا على اقرار الميت به، وإن كانا متهمين كأخوين من أم يشهدان بأخ من أبوين في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما، لأن ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث. وكذلك لو شهدا بأخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين، وأخت من أب لم تقبل شهادتهما، لأن ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسألة، فإن لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركه قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة :

(فصل) وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث : وثم وارث غيرهما لم يثبت النسب إلا أن يشهدا به ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يثبت لأنها بينة .

ولنا أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لأنه تعتبر فيها العدالة والذكورية . والاقرار بخلافه

(فصل) إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه ، وبهذا قال الشافعي ، ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه ، وقال أبو حنيفة : لا يثبت نسبه ولا إرثه لذلك .

ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به ، وهو موجود بعد الموت ، فيثبت به كحالة الحياة ، وما ذكروه يطل ما إذا كان المقر به حيا موسرا ، أو المقر فقيرا فإنه يثبت نسبه ، ويملك المقر التصرف في ماله وإنفاقه منه على نفسه ، وإن كان المقر به كبيرا عاقلا ، فكذلك في قول القاضي ، وظاهر مذهب الشافعي ، لأنه لا قول له أشبه الصغير ، وفيه وجه آخر . أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ، ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ، ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب : وإذا أقر رجل بزوجية امرأة ، أو أقرت أن فلانا زوجها ، فلم يصدقه المقر به إلا بعد موته ورثه ، لأنه وجد الإقرار والتصديق معا .

(فصل) وإذا خلف رجل امرأة وابنا من غيرها ، فأقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة ، وهل يتوارثان ؟ فيه وجهان . أحدهما : يتوارثان . لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما .

والثاني : لا يتوارثان . لأن النسب بينهما لم يثبت لما كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه ، لأنه منازع في الميراث ، ولم يثبت نسبه .

(فصل) وإذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر ، لم يقبل إنكاره لأنه نسب ثبت بحجة شرعية ، فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت بينة أو بالفراش ، وسواء

كان المقر به غير مكلف أو مكلفا فصدق المقر ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لأنه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والأول أصح لأنه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لأن النسب يحتاج لإثباته .

(فصل) وإن أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها ؟ على روايتين :
إحداهما : لا يقبل لأن فيه حملا لنسب الولد على زوجها ، ولم يقر به ، أو إلحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره .

والثانية : يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه ، فقبل كالرجل ، وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فإن كان لها أخوة أو نسب معروف ، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها فإن لم يكن لها دافع فن يحول بينها وبينه ، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل ، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها فمتى ادعت ولدا لا يعرفونه ، فالظاهر كذبها ، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقا لأن النسب يحتاج له فأشبهت الرجل .

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم ، أو دخلت هي دار الاسلام ووطنها والنسب يحتاج لإثباته ، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه ، وإن لم يعرف له قدوم إليها ، ولا عرف لها خروج من بلدها .

(فصل) وإن أقر بنسب صغير ، لم يكن مقرا بزوجة أمه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقرا بزوجيتها لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة ، وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح .

ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه ، فلم يكن مقرا بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية ، وما ذكروه لا يصح فإن النسب محمول على الصحة

وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم إقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه .

(فصل) وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ، لا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدى بإقراره صحيح ، ويطلب بالبيان فإن عين أحدهم ثبتت نسبه وحرية ، ثم يسأل عن كيفية الاستيلاد فإن قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لانه قد مسه رق ، والام وولداها الآخران رقيق قن ، وإن قال : استولدتها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولاء عليه والامة أم ولد ، ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه أبناء أم ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها ، وان كان الاوسط فالأكبر قن والا صغر له حكم أمه ، وان عين الا صغر فأخواه رقيق قن ، لانها ولدتها قبل الحكم بكونها أم ولد ، وان قال : هو من وطء شبهة ، فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وان مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم ببيانهم مقام بيانه فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا : لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فإننا نريه القافة فإن ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ، ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فإن لم تكن قافة أقرع بينهم ، فمن وقعت له القرعة عتق وورث ، وبهذا قال الشافعي : الا أنه لا يورثه بالقرعة .

ولنا أنه حر استندت حرية الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره .

(فصل)

وإذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدى من أمتي نظرت فإن كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح إقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لواحدة منها زوج ولكن أقر السيد بوطئها صارتا فراشا ولحق ولداها به اذا أمكن أن يولد بعد وطئه وان أمكن في احدهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكما ، وان لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وتثبت حرية

المقر به لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الإمكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ؛ ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نساته فإذا بين قبل بيانه لأن المرجع في ذلك إليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة ، فإن قال استولدها في ملكي فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد ، وإن قال في نكاح فعلي الولد الولاء . لأنه مسه رق والأمة قن لأنها علقت بمملوك ، وإن قال بوطء شبهة فالولد حر الأصل والأمة قن لأنها علقت به في غير ملك .

وان ادعت الأخرى أنها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاد فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به .

وان كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت أيضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك فإن مات قبل أن يبين قام وارثه مقامه في البيان لأنه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث ، وإن لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الأمة وجهان .

أحدهما : يكون رقيقاً لأن الرق الأصل فلا يزول بالاحتمال .
والثاني : يعتق ، لأن الظاهر أنها ولدتها في ملكه ، لأنه أقر بولدها وهي في ملكه ، وهذا منصوص الشافعي ، فإن لم يكن وارث أو كان وارث فلم يعين عرض القافة فإن ألحقت به أحدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلا في إثبات الحرية ، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها ؛ وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث واختلفوا في الميراث ، فقال المزني يوقف نصيب ابن لائتنا تيقنا ابنا وارثا ، ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه ، وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان ، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعائيهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتي في العتق إن شاء الله تعالى .

مسألة ، قال (وكذلك إن أقر بدين على أيمه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجملة ذلك أن الوارث إذا أقر بدين على موروثه قبل إقراره بغير خلاف نعله ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حيا مفلسا فكذلك إذا كان ميتا وإن خلف تركة تتعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني ، وإن كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بينة أو إقرار جميع الورثة فكذلك ، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه ، وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه ، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف — وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث ، وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قولي .

وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجع اليه بعد قوله كقولنا ، لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصبا فتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ، ولأنه إقرار يتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال للشركة ولأنه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه كالوصية ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجر بها إلى نفسه نفعا .

(فصل) إذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل

أن يقولوا ورثناها أو ابتعناها معا فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لها جميعاً لأنهما اعترفا أن الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما ، وإن لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضى الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك ، فإن أقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلبه إليه وكذلك أن كان قد تقدم لإقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لأن الذى هو فى يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة فثبت لمن يقر له ، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له .

فإن قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها ، قلنا ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الإنسان بشئ فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق هنا فى النصف الذى لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف — لأن له حجة به أو لأن النصف — الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذى لم يعترف به ، فإن لم يصدقه فى إقراره بالنصف الذى لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها يبطل الإقرار به لأنه أقر به لمن لا يدعيه .

الثانى : ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته للمالك والثالث يدفع الى مدعيه لعدم المنازع فيه : ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا .

« مسأله ، قال (وكل من قلت : القول قوله فلخصمه عليه اليمين) »

يعنى فى هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندى ألف — ثم قال وديعة أو قال على ثم قال وديعة أو قال له عندى رهن فقال المالك وديعة ، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى ، وإذا اختلفا فى قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذى الرهن به وأشباه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعائهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، ولأن اليمين بشرع فى حق من ظهر

صدقه وقوى جانبه تقوية لقوله واستظهارا، والذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه .

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجر المستأجر ثم أنكر ذلك وسأل أحلاف خصمه ففيه روايتان :

إحداهما : لا يستحلف ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لإقراره فلا تسمع . قالوا أقر المضارب أنه ربح ألفاً ثم قال غلطت ولأن الإقرار أقوى من البينة ، ولو شهدت البينة فقال أحلفوه لي مع بينته لم يستحلف كذا وهنا والثانية : يستحلف ، وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن العادة جارية بالإقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال وبفارق الإقرار البينة لوجهين .

أحدهما : أن العادة جارية بالإقرار بالقبض ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور .

والثاني : أن إنكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الإقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرّد غير هذا الوجه ، وكذلك لو أقر أنه اقترض منه ألفاً وقبضها أو قال له على ألف — ثم قال : ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين ، فأما أن أقر أنه وهبه طعاماً ثم قال ما أقبضتكم ، وقال المتهب بل أقبضتني فالحكم بقول الواهب لأن الأصل عدم القبض ، وإن كانت في يد المتهب فقال أقبضتنيها فقال بل أخذتها مني بغير إذني فالحكم بقول الواهب أيضاً لأن الأصل عدم الإذن ، وإن كانت حين الهبة في يد المتهب لم يعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر مضي مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا .

« مسألة ، قال (والاقرار بدين في مرض موته كالأقرار في الصحة إذا كان

لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز : وحكي

أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل لأنه إقرار في مرض الموت أشبه الإقرار لو ارث وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون .

ولنا أنه إقرار غير متهم فيه فقبل كالأقرار في الصحة ، يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول ، وفارق الإقرار للوارث لأنه متهم فيه على ما سند كره .

(فصل) فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيينة أو إقرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء ، وإن ضاق عن قضاتهما فظاهر كلام الحرقى أنهما سواء وهو اختيار التيمي ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيينة .

وقال أبو الخطاب : لا يحاص غرما الصحة ، وقال القاضي هو قياس المذهب لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين بيينة يبدأ بالدين الذي بالبيينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيينة كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الإقرار لو ارث ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بيينة كالذي أقر له المفلس ، وإن أقر لهما جميعا في المرض تساويا ولم يقدم السابق منهما لأنهما استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة .

« مسألة ، قال (وإن أقر لو ارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بيينة) » وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه ، وروى ذلك عن القاسم وسالم ، وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الإقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي ، وللشافعي قولان كالْمذهبين ، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبتل أن اتهم كمن له بنت وابن عم

فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يهتم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه . وعلة منع الإقرار التهمة فاخص المنع بموضعها

ولنا أنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهيته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجني فإن هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما .

(فصل) وإن أقر لامرأته بمر مثلها أو دونه صح في قولهم جميعاً لا نعلم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث .

ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين بيينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بشئ مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه ، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يهتم فيها فأشبه ما لو أقر المريض ثم برأ .

ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت، أشبه ما لو لم يبنها وفارق ما إذا صح من مرضه لأنه لا يكون مرض الموت .

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لأنه غير متهم وحكى له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد : لا يجوز ، وبهذا قال عثمان البتي ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في صورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية .

ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ،
ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خاليا عن تهمة
فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلا لاقران
التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه اقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وان أقر
لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت
فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسائلنا

(فصل) وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي
ويحتمل أن لا يصح في حق الاجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت
شهادته في الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي ، وقال أبو حنيفة ان أقر لهما بدين
من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جمدهما صح له
دون الوارث .

ولنا أنه اقرار لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين
أو كما لو جمدا الاجنبي الشركة : ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك
لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب موسر قبل ولو
أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك
على ألف بانت بإقراره والقول قولها في نفي العوض وان قال لعبدته اشتريت نفسك
منى بالف فكذلك .

(فصل) ويصح اقرار المريض بوارث في احدى الروايتين ، والآخرى
لا يصح لأنه اقرار لوارث فأشبه الاقرار له بمال ، والاول أصح لأنه عند الاقرار
غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثا ويمكن بناء هذه المسألة على ما اذا أقر لغير
وارث ثم صار وارثا فمن صحح الاقرار ثم صححه ههنا ومن أبطله أبطله ، وان ملك
ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته عتق ولم يرثه
لأن تورثه يوجب ابطال الاقرار بحريته واذا بطلت الحرية سقط الارث فصار
تورثه سببا الى اسقاط تورثه فأسقطنا التورث وحده ، ويحتمل أن يرث لانه
حين الاقرار غير وارث فصح اقراره له كالمسألة قبلها .

(فصل) ويصح الاقرار من المريض بإجبال الامة لأنه يملك ذلك فملك الاقرار به

وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الأصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال ، وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد وعتق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء لأنه مسروق ، وإن قال من وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد ، وإن لم يبين السبب فالأمة مملوكة لأن الأصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل أن تصير أم ولد لأن الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لأن الأصل عدمه فلا يثبت إلا بدليل .

فصل

(في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار) إذا قال : له على ألف ، أو قال له لي عليك ألف ، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمرى أو أنا مقرب به أو بما ادعيت أو بدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لأن هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) وإن قال : أليس لي عندك ألف ؟ قال بلى ، كان إقراراً صحيحاً لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي ، قال الله تعالى (ألسن بر بكم قالوا بلى) وإن قال لك على ألف في على أو فيما أعلم كان مقراً به لأن ما في عليه لا يحتمل إلا الوجوب ، وإن قال انضى الألف الذي لي عليك قال نعم كان مقراً به لأنه تصديق لما ادعاه ، وإن قال : اشترى عبدى هذا ، أو اعطى عبدى هذا ، فقال نعم : كان إقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك على ألف ان شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعى : ليس بإقرار لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ، ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته .

ولنا أنه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلو لمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال : له على ألف إلا ألفاً ، ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضى رفع الحكم أشبه ما لو قال : له على ألف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له على ألف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لأنه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك على ألف ان شئت أو ان شئت زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضى : يصح ،

لأنه عقبه بما يرفعه فصيح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل ، وكما لو قال ان شاء الله .

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له على ألف ان شهد بها فلان ، وذلك لأن الاقرار إخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل . ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإن مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضا الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رموسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صلينا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم ، بخلاف مشيئة الادمي . (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر ، فلا يمكن وقف الامر على وجودها ، ومشيئة الادمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الامر على وجودها ، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر هنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً .

وان قال بعثك ان شاء الله تعالى أو زوجتك ان شاء الله تعالى ، فقال أبو اسحاق ابن شاقلا لا أعلم خلافا عنه في أنه اذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم ان شاء الله تعالى ان النكاح وقع به .

قال أبو حنيفة : ولو قال بعثك بألف — ان شئت : فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه ، فإن الإيجاب اذا وجد من البائع كان القبول الى مشيئة المشتري واختياره . وان قال : له على ألفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا يصير واجبا عند وجود الشرط . وان قال : ان شهد فلان على لك بألف — صدقته ، لم يكن اقراراً ، لانه يجوز أن يصدق الكاذب . وان قال : ان شهد بها فلان فهو صادق ، احتمال أن لا يكون اقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها ، واحتمل أن يكون اقراراً في الحال لانه يتصور صدقه اذا شهد بها الا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه وان قال : له على ألف — ان شهد بها فلان ، لم يكن اقراراً لانه معلق على شرط (فصل) وان قال : لي عليك ألف — فقال أنا أقر لم يكن اقراراً لانه وعد

بالاقرار في المستقبل ، وان قال لا أنكر لم يكن اقرارا ، لأنه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار ، فإن بينهما قسما آخر وهو السكوت عنهما ، وان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن اقرارا لذلك ، وان قال : أنا مقر ولم يزد احتمال أن يكون مقرا ، لأن ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها ، وكذلك ان قال أقررت ، قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا ، واحتمل أن لا يكون مقرا لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك ، مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو بيطان دعواك ، وان قال لعل أو عسى لم يكن مقرا لأنهما للترجي ، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقرارا ، لأن هذه الالفاظ تستعمل للشك : وان قال : خذ أو اتزن لم يكن مقرا لأنه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئا آخر . وان قال : خذها أو اتزنها أو هي صحاح فقيه وجهان :

(أحدهما) ليس بإقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ، ولأنه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب

(والثاني) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم ، وان قال : له على ألف اذا جاء رأس الشهر ، أو اذا جاء رأس الشهر فله على ألف ، فقال أصحابنا : الاول اقرار والثاني ليس بإقرار . وهذا منصوص الشافعي ، لانه في الاول بدأ بالاقرار والثاني ليس بإقرار ، ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه ، لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل ، وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ، ويحتمل أنه لا فرق بينهما ، لان تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان .

كتاب العارية

«مسألة ، قال (والعارية مضمونة وإن لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته ، والعرب تقول أعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه ، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب : فقول الله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالوا العواري . وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو ، وأما السنة فماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة عام حجة الوداع « العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم » أخرجه الترمذى وقال حديث حسن غريب . وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين ، فقال أغصبا يا محمد ؟ قال « بل عارية مضمونة » رواه أبو داود وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبها ، ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع ، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا

إذا ثبت هذا فإن العارية مندوب إليها وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم . وقيل هي واجبة للآية ، ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها ، الحديث . قيل يا رسول الله وما حقها ؟ قال « اعارة دلوها واطراق فخلها ومنحة لبنها يوم وردها » فقدم الله تعالى مانع العارية ، وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكر في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الأعرابي الذي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماذا فرض الله على من الصدقة ؟ قال « الزكاة » فقال : هل على غيرها ؟ قال « لا إلا أن تطوع شيئا » أو كما قال ، والآية فسرّها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة . وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة : إذا جمع ثلاثها فله الويل إذا سها عن الصلاة

ورامى ومنع الماعون ويجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف ويجب ضمانها إن كانت تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد ، روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وإليه ذهب عطاء والشافعى وإسحاق ، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر ابن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك ولأوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدى ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولأنه قبضها بإذن مالِكها فكانت أمانة كالوديعة قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة ، يدل على أنها أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان « بل عارية مضمونة ، وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، رواه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن غريب : ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ، ولا إذن في الاتلاف فكان مضمونا كالغاصب ، والمأخوذ على وجه السوم ، وحديثهم يرويه عمر ابن عبد الجبار عن عبيد بن حسان ، عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضيقان ، قاله الدارقطنى ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء ، وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حفص العكبرى : يسقط ، قال أبو الخطاب : أو ما إليه أحد ، وهو قول قتادة والعنبرى لأنه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها ، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها . وقيل : بل مذهب قتادة والعنبرى ، أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض يبيع صحيح أو فاسد ، وما اقتضى الأمانة ، فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة ، والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم أخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ، ويسقط حكمه إذا لا ينعقد موجباً للضمان مع

الاذن فيه ، واسقاط الضمان ههنا نفى للحكم مع وجود سببه ، وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه .

(فصل) واذا انتفع بها وردّها على صفتها : فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها ، فلا يجب عوضها ، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنّت أجزاؤه كالمغصوب ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه وجهان .

أحدهما : يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مفصولة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن اذا تلفت وحدها كسائر الاجزاء .

والثاني : لا يضمنها ، وهو قول الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في اتلافها صريحاً ، وفارق ما اذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه انما أذن في اتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقدفقت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعتها فإذا قلنا لا يضمن الاجزاء تلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف لان الاجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تقويمها عليه ، وان قلنا يجب ضمان الاجزاء قومت العين قبل تلف اجزائها : وان تلفت العين قبل ذهاب اجزائها ضمنها كلها بأجزائها ، وكذلك لو تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل ان يعيره ثوباً ليلبسه فحمل فيه تراباً فإنه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديه وان تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي ان يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه ، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه .

(فصل) فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في احد الوجهين . لانه لم يدخل

في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبهه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المنصوبة والاوّل أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن مغصوبا ، وكذلك ولد العارية اذا لم يوجد مع امه ، وانما يضمن ولد المنصوبة اذا كان مغصوبا فلا أثر لكونه ولدا لها .

(فصل) ويجب ضمان العين بمثلها ان كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف اجزائها ، ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وان كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعا .

(فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها الى المعير أو وكيله في قبضها ويرأ بذلك من ضمانها ، وان ردها الى المكان الذي أخذها منه ، أو الى ملك صاحبها لم يرأ من ضمانها ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد العواري في العادة يكون الى أملاك أربابها فيكون مأذونا فيه من طريق العادة .

ولنا انه لم يردّها الى مالكها ولا نأبه فيها فلم يرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب انه يرأ قاله القاضي : لان أحمد قال : في الوديعة اذا سلمها المودع الى امرأته لم يضمنها : ولانه مأذون في ذلك عرفا أشبه ما لو أذن فيه نطقا ، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا أن يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لزم رده الى موضعه كالمغصوب .

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال فأشبهه التصرف بالبيع ، وتعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئا ويقول أبحتك الانتفاع به أو خذ هذا فانتفع به أو يقول أعرتني

هذا أو اعطنيه اركبه أو أحمل عليه ويسلمه اليه ، وأشباه هذا لانه إباحة للتصرف
فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

(فصل) وتجوز إعاره كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام
كالدور والعقار والعبيد والجوارى والدواب والثياب والحلى للبس والفحل للضراب
والكلب للصيد وغير ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار أدراعا ، وذكر
إعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه
الاشياء وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها ، ولأن ما جاز للمالك استيفاءه
من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولأنها أعيان تجوز إيجارها
فجازت إعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فإن استعارها
لينفقها فهذا قرض ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وقيل ليس هذا جائزاً ، ولا تكون
العارية في الدنانير ، وليس له أن يشتري بها شيئاً .

ولنا أن هذا معنى القرض فأنفقد القرض به كما لو صرح به .

(فصل) ولا تجوز إعاره العبد المسلم لكافر لانه لا يجوز تمكينه من استخدامه
فلم تجز إعارته لذلك ولا إعاره الصيد لمحرم لانه لا يجوز له إمساكه ولا إعاره
المرأة الجميلة لرجل غير محرمها ، إن كان يخلو بها أو ينظر إليها لانه لا يؤمن عليها ،
وتجوز إعارتها لامرأة ولذئ محرمها ، ولا تجوز إعاره العين لنفع محرم كإعاره
الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصى الله تعالى فيها ، ولا إعاره عبده
للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يعصرها ، أو نحو ذلك ، ويكره أن يستعير
والديه لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك .

(فصل) وتجوز الإعاره مطلقاً ومقيداً لأنها إباحة فجاز فيها ذلك كإباحة
الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة فاذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيع له
الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فاذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن
يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لأن الاذن
مطلق ، وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون
ضررها ، فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وإن استعارها للزرع لم يغرس
ولم ين لأن ضررها أكثر فلم يكن الاذن في القليل اذناً في الكثير وإن استعارها

للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لان ضررها مختلف فان ضرر الغراس في باطن الارض لا يتشاور العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في أحدهما اذنا في الآخر ، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لان ضرره أكثر ، وحكم اباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه . وسنذكر في الاجارة تفصيل ذلك ان شاء الله تعالى ، وان أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها ، وان أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى ، وكذلك ان أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى ، لان الاذن اذا اختص بشيء لم يتجاوزوه .

(فصل) وان استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع ، فلا يصح أن يملكها : ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين ، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه ، وليس له أن يعيره غيره ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقالوا في الآخر : له ذلك ، وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب ما ملكه ، فجاز كما للمستاجر أن يؤجر ، قال أصحاب الراى : اذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه ، وقال مالك : اذا لم يعمل بها الا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها فلا ضمان عليه .

ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يحز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام ، وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفي العارية لم يملكها انما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام ، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه ، والثانى استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثانى لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الثانى

لم يرجع على الاول الا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال ، فيحتمل أن يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على أنه يستوفى منافعتها بغير عوض ؛ وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على أن تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني ، وان رجع على الثاني لم يرجع على أحد .

(فصل) وان أعاره شيئا وأذن له في اجارته مدة معلومة أو في اعارته مطلقا أو مدة جاز لان الحق للمالك فجاز ما أذن فيه ، وليس له الرجوع بعد عقدا لاجارة حتى ينقضى لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الإجارة لا يوجب ضمانا ، وان أجره بغير اذن لم تصح الإجارة ، ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا في العارية .

(فصل) ويجوز أن يستعير عبدا يرهنه ، قال ابن المنذر : أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئا يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز ، وذلك لانه استعاره ليقضى به حاجته ، فصح كسائر العواري ، ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان العارية لا يعتبر فيها العلم ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : يعتبر ذلك لان الضرر يختلف — بذلك .

ولنا أنها عارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع ، ولا يصير المعير ضامنا للدين ، وقال الشافعي في أحد قولي ، يصير ضامنا له في رقبة عبده لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة هنا للمالك فدل على أنه ضمان .

ولنا أنه أعاره ليقضى منه حاجته فلم يكن ضامنا كسائر العواري ، وانما يستحق بالعاوية النفع المأذون فيه ، وما عداه من النفع فهو للمالك العين ، وان عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلا تعين لان العارية تتعين بالتعيين فان خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه .

وكذلك إذا أذن له في محل يخالفه فيه ، لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال ، وإن أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل ، لم يصح وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح ، لأن من رضى بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه . وإن رهنه بأنقص منه جاز ، لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفاً . فأشبه من أمر بشراء شيء بثمان فاشتراه بدونه وللغير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل ، لأن للغير الرجوع في العارية متى شاء . وإن حل الدين فلم يفكه الراهن جاز يبعه في الدين . لأن ذلك مقتضى الرهن . فإذا بيع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته . لأن العارية تضمن بقيمتها . وإن تلف بغير تفريط فلا شيء على المرتهن . لأن الرهن لا يضمن من غير تعد ، وإن استعار عبداً من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصّة أحدهما لم تخرج ، لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد .

(فصل)

وتجوز العارية مطلقة ومؤقتة . لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام . وللغير الرجوع في العارية أي وقت شاء ، سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : إن كانت مؤقته فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم توقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها . لأن المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح . فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين في يده . وأما العبد الموصى بخدمته فاللموصى الرجوع ؛ ولم يملك الورثة الرجوع ، لأن التبرع من غيرهم . وأما المستأجر فإنه مملوك بعقد معاوضة فيلزم ، بخلاف مسألتنا ، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه ، لأنه إباحة فكان لمن أبيع له تركه كإباحة الطعام .

(فصل) وإذا أطلق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع ، وإن

وقتها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضى الوقت ، لأنه استباح ذلك بالإذن ففيا
عدا محل الإذن يبقى على أصل التحريم ، فإن كان المعار أرضا لم يكن له أن يغرس
ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع ، فإن فعل شيئا من ذلك لزمه قلع غرسه
وبنائه وحكمه حكم الغاصب في ذلك لقول النبي (ص) « ليس لعرق ظالم حق ،
وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان . ويلزمه القلع وتسوية
الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام الغصب لأنه عدوان

(فصل)

فإن أعاره شيئا لينتفع به انتفاعا يلزم من الرجوع في العارية في أثناءه ضرر
بالمستعير لم يجوز له الرجوع ، لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجوز له الاضرار به .
مثل أن يعيره لوحا يرقع به سفينته فرقعها به ولجج بها في البحر لم يجوز الرجوع
ما دامت في البحر ، وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم
الضرر فيه ، وإن أعاره أرضا ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها ، فإذا دفن لم
يكن له الرجوع ما لم يبيل الميت ، وإن أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه جاز
كما تجوز إعاره الأرض للبناء والغراس ، وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم
يبن عليه لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجوز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء
وإن قال أنا أدفع إليك أرض ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك ؛ لأنه إذا
قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه . ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمين
القيمة ، وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه ، أو أزاله المستعير باختياره لم يملك
إعادته سواء بنى الحائط بآلته أو غيرها . لأن العارية لا تلزم . وإنما امتنع الرجوع
قبل انهدامه ، لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك .
وكذلك إذا سقط الخشب والحائط بحاله

وإن أعاره أرضا لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع ؛ فإذا زرع لم يملك
الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع ، فإن بذل له قيمة الزرع لئلا يملكه لم يكن له ذلك ،
نص عليه أحمد لأن له وقتا ينتهي إليه ، فإن كان مما يحصد قصيلا فله الرجوع في
وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه ، وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى
ينتهي ، وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه ، فإذا غرس

وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لأنه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه ، فأشبه ما لو لم ين في الأرض شيئا ولم يغرس فيها ، ثم ان اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فذلك نقله ، ولا يلزمه تسوية الحفر . ذكره القاضي ، لأن المستعير رضى بذلك حيث أعاره مع عليه بأن له قلع غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لأن القلع باختياره ، فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها . وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائما ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه ، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار

وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لأن الغراس تابع والأرض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعها ، وبهذا كله قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها : لأن المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه .

ولنا أنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت ، وقولهم لم يعره ممنوع ، فإن الغراس والبناء يراد للثبوتية وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تغرس بعد هذه المدة فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجرة لم يقلع ، لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان ، والإذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالإبقاء ؛ وقول النبي (ص) : ليس لعرق ظالم حق ، يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق ، فعند ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه ، فيقال : كم قيمة الأرض غير مغروسة ولا مبنية

فاذا قيل عشرة ، قلنا وكم تساوي مغروسة ومبنية ؟

فإن قالوا خمسة عشر ، قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه ، وإن امتنعا عن البيع بقيا على حالهما والمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما ، وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا للحاجة مثل السقي

وإصلاح الثمرة ، لأن الاذن في النراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه
وليس له دخولها للتفرج لأنه قد رجع في الإذن له ، ولكل واحد منهما بيع ما يختص
به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه

وقال بعض أصحاب الشافعي : ليس للمستعير بيع الشجر ، لأن ملكه فيه غير
مستقر ، بدليل أن المعير أخذه متى شاء بقيمته . قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه
بدليل الشقص المشفوع والصدّاق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان
المعير شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك ،
لأن المسلمين على شروطهم ولأن العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد
لأن المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع ، وليس
على صاحب الأرض ضمان نقصه ، ولا نعلم في هذا خلافاً

وأما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فإن كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والا
لم يلزم لأنه رضى بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ، ولم يذكر
أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزراعة
فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع فإن عليه أجر مثله من حين رجع المعير
لأن الأصل جواز الرجوع ، وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ، ففي دفع الأجر
جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه . ويحتمل
أن لا يجب الأجر في شيء من المواضع ، لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت
لازمة للضرر اللاحق بفسخها ، والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض

(فصل) وإذا استعار دابة ليركبها جاز ، لأن اجارتها لذلك جائزة والإعارة
أوسع لجوازها فيما لا تجوز اجارته ، مثل إعارة الكلب للصيد ، فإن استعارها إلى
موضع لجأوزه فقد تعدى وعليه الأجرة للزيادة خاصة ، فإذا استعارها إلى طبرية
فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة ، وإن اختلفا فقال
المالك أعرتكها إلى طبرية ، وقال المستعير أعرتنيها إلى القدس ، فالقول قول
المالك ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . وقال مالك : إن كان يشبه ما قال
المستعير فالقول قوله وعليه الضمان . ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله
لقول النبي (ص) « لكن اليمين على المدعى عليه »

(فصل)

ومن استعار شيئا فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلما لزمه أجر مثله يطالب به من شاء منها ، فان ضمن المستعير رجوع على المعير بما غرم لأنه غره بذلك وغرمه لأنه دخل على أن لا أجر له ، وان رجع على المعير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه . قال أحمد في قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس ، وإن تلف فالقيمة تستقر على المستعير لأنه دخل على أن العين مضمونة عليه ، فان ضمن المعير رجوع على المستعير ، وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه ، وان نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص ، فان قلنا هو على المستعير فحكم القيمة ، وإن قلنا هو على المعير فهو كالأجر على ما بيناه

(فصل) إذا حمل السيل بندر رجل من أرض الى أرض غيره فنبت فيها لم يجبر على قلعه ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن ملكه حصل في ملك غيره بغير اذنه ، فأشبهه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره

ولنا أن قلعه اتلاف للبال على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك ، كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أو قتلها ، فائتلا لا نجبره على قتلها ، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدى أجره

إذا ثبت هذا فإنه يقر في الأرض الى حين حصاده بأجر مثله ، وقال القاضي ليس عليه أجر ، لأنه حصل في أرض غيره بغير تفريطه ، فأشبهه ما لو باتت دابته في أرض انسان بغير تفريطه ، وهذا بعيد لأن الزامه ببقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل للملك بغير اختياره من غير عوض فلم يجز ، كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره عاما ويفارق مبيتها ، لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من اخراجها ، فإذا تركها اختياراً منه كان راضيا به بخلاف مسألتنا ، ويكون الزرع لمالك البذر لأنه من عين ماله ، ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ما سذكروه ، لأنه حصل في أرضه بغير اذنه ، فأشبهه ما لو زرعه مالكه

والأول أولى لأن هذا بغير عدوان ، وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر إليه ، وإن أحب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الأرض ، لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبه المستعير ، وأما إن كان السيل حمل نوى فنبت شجراً في أرض غيره ، كالزيتون والنخيل ونحوه فهو للمالك النوى ، لأنه من ثمار ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لأن ضرره يدوم فأجبر على إزالته كأغصان الشجرة المنتشرة في هواه ملك غير مالكها وإن حمل السيل أرضاً بشجرها فنبت في أرض آخر كما كانت فهي للمالكها يجبر على إزالتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجر ، ولا غير ذلك ، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه ، وكانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه .

(فصل)

وإذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية ، وقال المالك : بل أكريتها فإن كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من أن يكون الاختلاف عقيب العقد أو بعد مضي مدة لمثلها أجر فإن كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لأن الأصل عدم عقد الإجارة وبرائة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة إلى مالكها لأنها عارية ، وكذلك إن ادعى المالك أنها عارية ، وقال الراكب : بل أكريتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وإن كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر فادعى المالك الإجارة فالقول قوله مع يمينه ، وحكى ذلك عن مالك : وقال أصحاب الرأي : القول قول الراكب ، وهو منصوص الشافعي ، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والأصل عدم وجوبه وبرائة ذمة الراكب منه ، فكان القول قوله .

ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب ، فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك بعثتها ، وقال الآخر وهبتها ، ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك كذا ههنا ، وما ذكرناه يطل بهذه المسألة ، ولأنهما اتفقا على

أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها ، فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالأعيان فيحلف المالك ويستحق الأجر وفي قدره وجهان :

أحدهما : أجر المثل ، لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل ، فع الاختلاف في أصله أولى .

والثاني : المسمى ، لأنه وجب بقول المالك ويمينه : فوجب ما حلف عليه كالأصل ، وإن كان اختلافهما في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لأن ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وإن ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الراكب أنها بأجر فالراكب يدعى استحقاق المنافع ويعترف بالأجر للمالك ، والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته .

وإن اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضى مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك ، سواء ادعى الإجارة أو الإعارة لأنه ادعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها : فيقبل إقراره على نفسه ، وإن ادعى الإعارة فهو يدعى قيمتها فالقول قوله ، لأنهما اختلفا في صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقول النبي (ص) « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

فإذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لأنه ينكر الزيادة المختلف فيها والأصل عدمها ، وإن اختلفا في ذلك بعد مضى مدة لمثلها أجر وتلف البهيمة وكان الأجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منهما أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين ، سواء ادعى الإجارة أو الإعارة ، إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به .

ويحتمل أن لا يأخذه إلا يمين لأنه يدعى شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وإن كان ما يدعيه المالك أكثر مثل إن كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الأجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية

فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا ، فإذا حلف استحق ما حلف عليه ، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن قال المالك غصبها وقال الراكب : بل أعرتها ، فإن كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم يلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ، وبأخذ المالك بهيمته .

وكذلك إن كانت الدابة تالفة ، لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وإن كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر فالاختلاف في وجوبه ، والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ، ونقل المزي عن أن القول قول الراكب ، لأن المالك يدعى عليه عوضا الأصل برامة ذمته منه : ولأن الظاهر من اليد أنها بحق فكان القول قول صاحبها .

ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى ، لأنهما تم اتفقا على أن المنافع ملك للراكب ، وههنا لم يتفقا على ذلك فإن المالك ينكر انتقال الملك فيها إلى الراكب والراكب يدعيه ، والقول قول المنكر ، لأن الأصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الأجر .

وإن قال المالك : غصبها ، وقال الراكب أجرتها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة ، لأن الأجر يجب في الموضعين إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل والقول قول المالك مع يمينه ، فإن كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان ، وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا يمين وجهها واحداً .

كتاب الغصب

الغصب . هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق ، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى ٤ : ٢٩ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (٥ : ٢٨ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقة نوع من الغصب .

وأما السنة : فروى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر : إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ، رواه مسلم وغيره ، وعن سعيد بن زيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين ، متفق عليه ، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يربن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ، رواه أبو إسحاق الجوزجاني ، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة ، وإنما اختلفوا في فروع منه . إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف فعله ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، ولأن حق المخصوص منه معلق بعين ماله ومالته ولا يتحقق ذلك إلا برده فإن تلف في يده لزمه بدله ، لقول الله تعالى (٢ : ١٩٤ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في الماله .

ثم ينظر . فإن كان مما تماثل أجزاءه وتفاوت صفاته كالحبوب والأدهان وجب مثله ، لأن المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى ، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدماً كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الإدراك بالسمع .

والقياس طريقه الظن والاجتهاد ، وان كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا
المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة .

وحكى عن العنبري يجب في كل شيء مثله ، لما روت جصرة بنت دجاجة عن
عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ما رأيت صائعا مثل حفصة ، صنعت طعاما
فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الافكل ، فكسرت الاناء فقلت :
يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ فقال : اناء مثل الاناء ، وطعام مثل الطعام ؟
رواه أبو داود .

وعن أنس : أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى
فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس
المكسورة في بيته ، رواه أبو داود مطولا ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث
حسن صحيح ، ولان النبي (ص) استسلف بعيرا ورد مثله .

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق
شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل ، متفق عليه ، فأمر بالتقويم في حصة الشريك
لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ، ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها
وتتباين صفاتها ، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ، وأما الخبر
فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضى وقد علم أنها ترضى بذلك .

(فصل) وما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب
والأدهان ضمن بمثله بغير خلاف ، قال ابن عبد البر : كل مطعوم من ما كور
أو مشروب فجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ، وأما سائر المكيل
والموزون ، فظاهر كلام أحمد : أنه يضمن بمثله أيضا : فانه قال في رواية حرب
وابراهيم بن هاني : ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله
دون القيمة : فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزون الا أن يكون مما
فيه صناعة كعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاواني والآلات ونحوها ،
والحلي من الذهب والفضة وشبهه ، والمنسوج من الحرير والكشان والقطن
والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته ، لأن الصناعة تؤثر في
قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر ، فأشبه غير المكيل والموزون

وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى
يضمن بقيمته ، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا ، وإنما خرج منه ما فيه الصناعة
لما ذكرنا ، ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم
المضروبة وسبكها ، وفيه اتلاف ، فعلى هذا ان كان المضمون بقيمته من جنس
الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال ،
وان كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم
بغير جنسه لئلا يؤدي الى الربا ، وقال القاضي : ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت
قيمه من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو
كسر الحللى وجب أرش كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض
في العقود ، ويقابلها في الاتلاف : ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها
بالاتلاف ، قال بعض أصحاب الشافعى هذا مذهب الشافعى .

وذكر بعضهم مثل القول الاول ، وهو الذى ذكره أبو الخطاب لان القيمة
مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالنقص ، وقد قال أحمد
في رواية ابن منصور . اذا كسر الحللى يصلحه أحب الى ، قال القاضي . وهذا محمول
على أنها تراضيا بذلك لا أنه على طريق الوجوب ، وهذا فيما اذا كانت الصناعة
مباحة فان كانت محرمة كالإواني وحلى الرجال لم يحجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها
واحدا لان الصناعة لا قيمة لها شرعا فهي كالمعدومة .

« مسألة ، قال (ومن غصب أرضا فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت
تسليمها ، ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس)

الكلام في هذه المسألة في فصول :

أحدها : أنه يتصور غصب العقار من الاراضى والدور ويجب ضمانها على
غاصبها ، هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وبه قال مالك
والشافعى ومحمد بن الحسن ، وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضا فزرعها
ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الارض ، وان كان شيئا من السماء لم يكن
عليه شيء ، وظاهر هذا : أنها لا تضمن بالغصب ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف :

لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب ، وإن أتلفها ضمنها بالاتلاف لأنه لا يوجد فيها النقل والتحرير فلم يضمها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ، ولأن الغصب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من ظلم قيد شبر من الأرض طوفه يوم القيامة من سبع أرضين » ، رواه البخاري عن عائشة ، وفي لفظ « من غصب شبراً من الأرض » ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ، ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في النصب كالمقول ، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله ، مثل أن يسكن الدار ويتمنع ماله من دخولها فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع ، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فتظيره هنا أن يحبس المالك ولا يستولى على داره ، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو سبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها وإلقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء ، لأن هذا إتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف ، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمها بدخوله سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه ، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن ، وقال بعض أصحاب الشافعي . إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها ، سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها بذلك فيصير غاصباً فإن الغصب إثبات اليد العادية ، وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تنازعا في الدار ولا بينة لها حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها .

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمها كما لو دخلها بإذنه أو دخل صحراؤه ، ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن :

(الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك ، ولا نعلم فيه خلافاً . لما روى

سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس لعرق ظالم حق ، رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن .

وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال : فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا غرس في أرض رجل من الأنصار من بني يياضة فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقضى للرجل بأرضه ، وقضى للآخر أن ينزع نخله قال : فلقد رأيتهما تضرب في أصولها بالفؤوس ، وإنها لنخل عم ، ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير إذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قاشا ، وإذا قلعهما لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته إزالته : وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً ، وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكة إلا القلع فله القلع لأنه ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة لأنها معاوضة فلم يجبر عليها وإن اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه ، وإن وهب الغاصب الغراس والبناء للمالك الأرض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز ، وإن أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم ، وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت .

ويحتمل أن لا يجبر لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه ، وإن غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيه فالكل للمالك الأرض فإن طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض أجبر على قلعه لأنه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت ، وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس لما ذكرنا ، وإن لم يكن في قلعه غرض لم يجبر على قلعه لأنه سفه فلا يجبر على السفه . وقيل : يجبر لأن المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم ، فإن أراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه لأن الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

(فصل) والحكم فيما إذا بنى فى الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها فى هذا التفصيل جميعه الا أنه يتخرج أنه اذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها اذا لم يكن فى النقص غرض صحيح لان النقص سفه ، والاول أصح ، لما روى الخلال بإسناده عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى فى رباغ قوم يأذنه فله القيمة ، ومن بنى بغير اذنه فله النقص » ، ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها ، واذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها فليس للغاصب النقص على ما ذكرنا فى الغرس .

(فصل)

وان غصب داراً فخصصها وزوقها وطالبه رباها بإزالته وفى ازالته غرض لزمه ازالته وأرشد نقصها ان نقصت ، وان لم يكن فيه غرض فوجه الغاصب للمالكها أجبر على قبوله لان ذلك صفة فى الدار فأشبه قصارة الثوب ، ويحتمل أن لا يجبر لانها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش ، وان طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك ، وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه بما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وان لم يكن له قيمة فقيه وجهان .
أحدهما . يملك قلعه لانه عين ماله .

والثانى : لا يملك لانه سفه يضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليتركه .

(فصل) وان غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح ، وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين . وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان فى رده غرض من ازالة ضرر ، أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضر به لبناء رده ، ولا شيء له الا أن يكون قد جعل فيه تبناً له فيكون له ان يحمله ويأخذ تبته ، وان كان لا يحصل منه شيء فقيه وجهان ، بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة ، وان طالبه المالك بحمله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين وان جعله أجراً أو نخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله ، وليس له كسره ولا للمالك

اجباره عليه لان ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

(فصل) وان غصب أرضا فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك ، لانه يضر بالأرض ، ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض ، وكذلك ان حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في ملك رجل بغير اذنه ، وان أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغه فله الرد لما فيه من الغرض ، وبهذا قال الشافعي ، وان لم يكن له غرض في طم البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغموص منه وأبراه المغموص منه عما حفر وأذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد جعلها نقرة ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية ، وقال بعضهم : له طمها ، وهو الوجه الثاني لنا لانه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لانه ابراء مما لم يجب بعد ، وهو أيضا ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها .

ولما أن الضمان انما لزمه لوجود التعدي فإذا رضى صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان ، وليس هذا ابراء مما لم يجب ، وانما هو اسقاط التعدي برضائه به ، وهكذا ينبغي أن يكون اذا لم يتلفظ بالإبراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) ان على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها الى وقت تسليمها وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لانها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان ، وان غصب أرضا فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض دون بنائها لانه انما غصب الأرض ، والبناء له فلم يلزمه أجر ماله ؛ وان بناها بتراب منها وآلات للمغموص منه فعليه أجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمغموص منه وانما للعناصر فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابله أجر لانه وقع عدواناً ، وان

غصب داراً فنقضها ولم يدينها فعليه أجر دار إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفها ، وإن نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك ، وإن بناها بآلتها أو آلة من تراها أو ملك المنصوب منه فعليه أجرها عرصه منذ نقضها إلى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لأن البناء للمالك ، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصه فيها . وإن كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف ، لكن للمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من الأعيان لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه ، وإن رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالأجر ؟ على روايتين ، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الأجر إلا بأجر مدة مقامها في يديه لأن يده إنما ثبتت عليها حينئذ .

(الفصل الرابع) أن على الغاصب ضمان نقص الأرض إن كان نقصها العرس أو نقصت بعينه وهكذا كل عين منصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فإنه يردّها وأرش النقص ، لأنه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه كالفقير من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ أرشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين إمساكه وأخذ أرشه ، وقد روى عن أحمد كلام يحتمل هذا فإنه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم أن شاء أخذ أرش الشق ، ووجهه أن هذه جناية أتلفت معظم منفعتها فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له .

وحكى أصحاب مالك عنه أنه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجنى عليه بالخيار أن شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضى يبنى على ذلك لأنه أتلف غرضه به

فإنه لا يركبه في العادة ، وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلف جميعها .

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيراً ، ولأنها جناية تنقص بها القيمة ، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفي الشاة تلف جميعها لأن الاعتبار في الإتلاف بانحني عليه لا بغرض صاحبه ، لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره

فصل

وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان ، وبهذا قال الشافعي . وعن أحد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن ربع قيمتها ، فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة لرجل ، عليه ربع قيمتها ، قيل له : فقأ العينين ؟ فقال : إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة ، وأما العينان فما سمعت فيها شيئاً ، قيل له فإن كان بغيراً أو بقرة أو شاة ، فقال هذا غير الدابة . هذا ينتفع بلحمه ننظر ما نقصها وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة ، وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه ، وما عدا هذا يرجع إلى القياس . واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها .

وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة . إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي ، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن ، وهذا إجماع يقدم على القياس ، ذكر هذين أبو الخطاب في رموس المسائل . وقال أبو حنيفة : إذا قلع عيني بهيمة تنتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها ؛ وفي إحداها ربع قيمتها ، لقول عمر رضي الله عنه : أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن

وروى عن أحمد في العبد : أنه يضمن في النصب بما يضمن به في الجناية ، ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لأبعض العبد ، فكان مقدراً من قيمته كأرش الجناية

ولنا أنه ضمان مال من غير جناية ، فكان الواجب ما نقص كالثوب ، وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المقتوت عليه ، وقدر النقص هو الجابر ، ولأنه لو فات الجميع لوجب قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان . وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ، ولو كان صحيحا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه ، فإن قول النبي (ص) أحق أن يحتج به . وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها ، كما روى عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين دينارا ، ولو كان تقديرا لوجب في العين نصف القيمة كعين الأدمي وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس الإلحاق بالجناية على الحر والواجب هنا ضمان اليد ، ولا تثبت اليد على الحر ، فوجب البقاء فيه على موجب الأصل وإلحاقه بسائر الأموال المفصولة . وقول أبي حنيفة أن هذا في بهيمة الأنعام والدابة . لا يصح لأن هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر إنما هو في الدابة ، والدابة في العرف ما بعد للركوب دون بهيمة الأنعام .

(فصل)

وان غضب عبداً فجنى عليه جناية مقدرة الدية ، فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب أرش الجناية ، كما لو جنى عليه من غير غضب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر

وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش النقص أو دية ذلك العضو ، لأن ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل فيه الآخر ؛ فإن الجناية واليد وجدا جميعا ، فإن غضب عبداً يساوى ألفاً فزادت قيمته فصار يساوى ألفين ؛ ثم قطع يده فنقص ألفاً لزمه ألف ورد العبد ، لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه ، وان نقص ألفاً وخمسمائة . وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة ويرد العبد

وان قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ورد العبد فحسب ، وان نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة ؟ على وجهين :

(فصل) وان غضب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيها شاء ؛ لأن

الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده ، فإن ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ، ولا يرجع على أحد لأنه لم يضمه أكثر مما وجب عليه ، ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف : ولا يرجع على أحد .

وان قلنا ان ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً ، وان اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني ، لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه

وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فرب العبد تضمينه بأكثر الامرين ، لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ، ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها أرش جنابة فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصيه لزمته قيمته كلها ورد العبد ، نص عليه أحمد ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة والثوري : يخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني ، لأنه ضمان مال ، فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولنا أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ، ولأن المضمون هو المفوت ، فلا يزول الملك عن غيره بضائه كما لو قطع تسع أصابع ، وبهذا ينفصل عما ذكره ، فإن الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجملة ، فأما ان ذهبت هذه الاعضاء بغير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما

(فصل) وان جنى العبد المنصوب لجنابته مضمونة على الغاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون أرش الجنابة يتعلق برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ، ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وان جنى على سيده لجنابته مضمونة على الغاصب أيضا لانها من جملة جناباته ، فكان مضمونا على الغاصب كالجنابة على الاجنبي

(فصل)

إذا نقصت عين المصوب دون قيمته ، فذاك على ثلاثة أقسام :
أحدها أن يكون الذاهب جزءاً مقدراً البذل ، كعبد خصاه وزيت أغلاه ،
ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها ، فإنه يجب ضمان النقص فيضمن
نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بثمنهما مع رد الباقي منها ، لأن الناقص
من العين له بدل مقدور فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجميع

الثاني : أن لا يكون مقدراً ، مثل أن غصب عبداً ذا سمن مفرط خفف جسمه
ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لأن الشرع إنما أوجب في هذا ما نقص
من القيمة ، ولم يقدر بدله ، ولم تنقص القيمة . فلم يجب شيء : بخلاف الصورة
الاولى . فإن الذهب مقدور البذل فلم يسقط بدله

الثالث : أن يكون النقص في مقدار البذل ، لكن الذهب منه أجزاء غير
مقصودة كعصير أغلاه فذهب مائته : وانعقدت أجزاءؤه ، فنقصت عينه دون
قيمه فقيه وجهان :

أحدهما لا شيء عليه سوى رده . لأن النار إنما أذهبت مائته التي يقصد ذهابها ولهذا
تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته .
والثاني يجب ضمانه لأنه مقدور البذل ، فأشبه الزيت إذا أغلاه ، وإن نقصت
العين والقيمة جميعاً ، وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً ، لأن كل واحد
منهما مضمون منفرداً ؛ فكذلك إذا اجتمعا ، وذلك مثل أن يكون رطل زيت
قيمه درهم فأغلاه فنقص ثلثه ، فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل
وسدس درهم ، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل
لأن قيمة الباقي لم تنقص ، وإن خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من
ضمان خصيه ، لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه ، وهل يجب في العصير ما نقص
من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وإن غصب عبداً فسمن سمناً نقصت به قيمته ، أو كان شاباً فصار
شيخاً ، أو كانت الجارية ناهداً فسقط ثدياها وجب أرش النقص ، لا نعلم فيه

خلافاً ، فإن كان العبد أمرد فثبت لحية فنقصت قيمته وجب ضمان ناقصه .
وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجب ضمانه لأن الفائم لا يقصد قصداً
صحيحاً ، فأشبه الصناعة المحرمة

ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور

فصل

وإن نقص المصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساد ، أو عفن
وخشى تلفه فعليه ضمان ناقصه ، وهذا منصوص الشافعي . وله قول آخر أنه لا يضمن
نقصه ، وقال القاضي : لا يلزمه بدله لأنه لا يعلم قدر نقصه ، وكلما نقص شيئاً ضمنه
لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب ، فكان كالموجود في يده . وقال
أبو الخطاب : يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساد ، يأخذ
أرش نقصه . وقال أبو حنيفة : يتخير بين إمساكه ولا شيء له ، أو تسليمه إلى
الغاصب ويأخذ من قيمته ، لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة ، وهذا
لا يجوز ، كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز ردي . ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص ، كما لو باع
عبداً فمرض ، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن ، وقال لا يضمن
ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لأنه ليس من فعله ، وهذا الفرق
لا يصح ، لأن البطل قد يكون من غير فعله أيضاً . وقد يكون العفن بسبب منه ،
نعم إن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق ، وقول
أبي حنيفة لا يصح لأن هذا الطعام عين ماله وليس يبدل عنه ، وقول أبي الخطاب
لا بأس به .

مسألة ، قال (وإن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب
الأرض وعليه النفقة وإن استحققت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجرة الأرض)

قوله : فأدركها ربها ، يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه ،
وهو معنى قوله استحققت ، يعني أخذها مستحقها ، فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب
الزرع فإنه للغاصب لا نعلم فيه خلافاً وذلك لأنه نماء ماله وعليه الأجرة إلى وقت

التسليم وضمن النقص ولو لم يزرعها ، فنقصت لترك الزراعة كإراضى البصرة أو نقصت لعنير ذلك ضمن نقصها أيضا لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه ، فأما أن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك إجبار العناصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من العناصب أجر الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له ، وبهذا قال أبو عبيد . وقال أكثر الفقهاء يملك إجبار العناصب على قلعه ، والحكم فيه كالعنرس سواء لقوله (ص) « ليس لعرق ظالم حق ، ولأنه زرع في أرض غيره ظلما أشبه العنراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من رزع في أرض قوم بعنير اذنهم فليس له من الزرع شيء . وعليه نفقته ، رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، فيه دليل على أن العناصب لا يجبر على قلعه ، لأنه ملك للمعنصوب منه . وروى أن النبي (ص) رأى زرعاً في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير ، فقال انه ليس لطهير ولكنه لفلان ، قال « فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته ، قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته ولأنه أمكن رد المعنصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال العناصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه ، كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر ، أو غصب لوحاً فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المعنصوب في اللجة وينتظر حتى ترسى صيانة للمال عن التلف ، كذا ههنا ، ولأنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به ، كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة ، وفارق الشجر والنخل لأن مدته تتناول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض فانتظاره يؤدي إلى ترك رد الأصل بالكليه ، وحديثهم ورد في العنرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منها في موضعه ، وذلك أولى من إبطال أحدهما . إذا ثبت هذا فمضى رضى المالك بترك الزرع للعناصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك لأنه شغل المعنصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاماً أو أحجاراً يحتاج في نقله إلى مدة ، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته ، وفيما يرد على العناصب روايتان

إحداهما : قيمة الزرع لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا له ولو لم يكن ملكا له لما ملكه بأخذه فيكون أخذ المالك له تملكا له إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم الزرع لأن الزرع كان محكوما له به وقد شمل به أرض غيره .

(والرواية الثانية) أنه يرد على الغاصب ما أفق من البذرة وموثة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي ، وهذا ظاهر كلام الحرقى وظاهر الحديث لقوله عليه السلام « عليه نفقته » ، وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسألة فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر لأنه نماء عين ماله فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضا له أو طعاما فغلفه دواب له كان النماء له ، وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس استحسان أن يدفع إليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحققت الأرض بعد أخذ الغاصب له وإذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله .

(فصل)

فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض ويجز مرة بعد أخرى كالرطوبة والنعناع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لأنه ليس له فرع قوى فأشبه الحنطة والشعير واحتمل أن يكون حكمه حكم الغرس لبقاء أصوله وتكرر أخذه ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر فقيما عداه يبقى على قضية القياس .

(فصل) وإن غصب أرضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها فهي له وإن أدركها والثمرة فيها فكذلك لأنها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في أرضه ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها .

وقال القاضي : هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس لأن أحد قال في رواية علي بن سعيد : إذا غصب أرضا فغرسها قائما لمالك الأرض ، قال القاضي وعليه من النفقة ما أنفق الغارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الأرض إذا أدركه قائما فيها كالزرع ، والاول أصح لأن أحد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس وإنما صار إليه للأثر فيختص الحكم به ولا يعدى الى غيره ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين : أحدهما أن الزرع نماء الأرض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه الثاني : أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما أنفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر :

(فصل)

وان غصب شجراً فأثمر فأثمر لصاحب الشجر بغير خلاف فعليه لأنه نماء ملكه ولأن الشجر عين ملكه نمت وزاد فأشبهه ما لو طالت أغصانه ، وعليه رد الثمر إن كان باقياً ، وإن كان تالفا فعليه بدله وإن كان رطباً فصار تمراً أو عنبا فصار زبيباً فعليه رده وأرش نقصه إن نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجره لأن أجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولأن تقع الشجر تربية الثمر وإخراجها وقد عادت هذه المنافع الى المالك ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها إن ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لأنه من ذوات الأمثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن .

(فصل) وإذا غصب أرضاً فحكمها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فإن كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجوز لغير مالكيها دخولها لأن ملك مالكيها لم يزل عنها فلم يجوز دخولها بغير إذنه كما لو كانت في يده ، قال أحمد في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها أحد إلا بإذنهم وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعى حبشيشها .

قال أحمد : لا بأس برعى الكلأ في الأرض المغصوبة وذلك لأن الكلأ لا يملك بملك الأرض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لها عليها ، ونقل عنه المروزي في رجل والداه في دار طوايقها غصب

لا يدخل على والديه وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوايق المنصوبة ،
ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له أخوة في أرض غصب يزورهم
ويراودهم على الخروج فإن أجابوه والا لم يقيم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم
بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ،
ونقل المروزي عنه أكره المشي على العبارة ^(١) التي يجري فيها الماء وذلك ، لأن
العبارة وضعت لعبور الماء لا للشئ عليها وربما كان المشي عليها يضر بها .

وقال أحمد : لا يدفن في الأرض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم
بغير إذنهم ، وقال أحمد : فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ثم علم رجع الى
الموضع الذي أخذه منه فردّه .

وروى عنه أنه قال : يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لأن قعوده فيه
حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرماً ولأن الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم
يحملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال : لا يبتاع من
الحانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان
إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل
الورع لما فيه من الاعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحت الصلاة
في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى .

وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما
يعني بين مالهما والغاصب الأول وإن مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا
احتياطاً خوفاً للتبعة من الغاصب الأول لأنه ربما طالب بها وادعاهها ملكاً
باليد وإلا فالواجب ردها على مالهما .

وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلاً ألفاً فجاء رجل الى
المستودع فقال إن فلاناً غصبني الألف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع
فإن لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه .

«مسألة ، قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه أو بتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة)»

وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردّها لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها .

ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فإنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طوّل برد العين وهي موجودة فلم يردّها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لأنها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له أيضاً لأنها تابعة للعين ، فأما إن غصب العين سمينة أو ذات صناعة أو تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا تعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو أذهب عضواً من أعضائها

(فصل)

إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفاً ثم تعلت صناعة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها إلى مائة ردها ورد ألفاً وتسعمائة وإن بلغت بالسمن ألفاً ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلت فبلغت ألفاً ثم نسيت فعادت إلى مائة ردها ورد ألفاً وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة .

وإن سمنت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلت فعادت إلى ألف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا يشجب ملك الإنسان بملكه ، وأما إذا بلغت بالسمن ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمنت فعادت إلى ألف ففيه وجهان أحدهما : يردّها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين

فإن ملك الانسان لا ينجر بملكه لأن الزيادة الثانية غير الأولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة .

والوجه الثانى : أنه إذا ردها سميته فلا شيء عليه لأنه عاد ما ذهب فأشبه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبد ثم عاد ، وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى فإنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من شواهد ، فعلى هذا لو سميت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت فى السمن الاول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول بضمنهما جميعا فأما ان زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت مانسيتها فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الاول لأن العلم الثانى هو الاول فقد عاد ما ذهب وإن تعلمت علما آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضى وهو مذهب الشافعى ، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى فى ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعليم والاول أولى .

(فصل)

وإن مرض المغمصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جاريه حسنا فسميت سمننا نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لأنه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذى أوجب الضمان زال فى يديه :

وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئا فإن رد المغمصوب ناقصا بمرض أو عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه أرش نقصه فإن زال عيبه فى يدى مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من أرشه لأنه استقر ضمانه برد المغمصوب ، وكذلك إن أخذ المغمصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك .

(فصل) زوائد الغنصب فى يد العناصب مضعونه ضمان الغنصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها وثمره الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه فى يد العناصب ضمنه سواء تلف منفردا أو تلف مع أصله ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغنصب إلا أن يطالب بها فيمتنع

من أدائها لأنها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ، ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم وثبتت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه انبنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه .

ولنا أنه مال المنصوب منه حصل في يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه يماسك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محذور .

(فصل) وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عليه أحمد ، وهو قول جمهور العلماء ، وحكى عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن .

ولنا أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين ، وإن سلطنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم ، بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن فإنه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها ، وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لا حق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين ، وهي باقية كلها كما كانت ، ولأن الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فإنها منصوبة وقد ذهبت .

(فصل) ولو غصب شيئاً فشقه نصفين وكان ثوباً ينقصه القطع رده وأرشد ينقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وأرشد النقص وإن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير ، وإن كانا باقين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرشد نقصهما فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم ، وفيه وجه آخر لا يلزمه إلا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه لم يتلف غيره ، ولأن نقص الباقي نقص قيمة ، فلا يضمنه كالنقص بتغير الأسعار ؛ والصحيح الأول لأنه نقص حصل بخيائته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب

من المعنصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة العناصب فينبغي أن يضمه ، كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه .

(فصل) وإن غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت لذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه ، فلو غصب ثوبا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة ، فلا يعتبر ذلك بعناء الثوب ولا رخصه ، وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم العناصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمتها عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن إلا عشرة لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بعناء الثياب ولا تنقص برخصها .

(فصل) وإن غصب ثوبا أو زوليا فذهب بعض أجزائه كخمل المنشقة وزئبرة الثوب فعليه أرش نقصه وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه ، وإن اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانها معا : الأجر وأرش النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال أو بعيره ، وقال بعض أصحاب الشافعي إن نقص بعير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره وبقى عنده مدة ضمن الأجر والنقص ، وإن كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان ، أحدهما : يضمنها معاً ، والثاني : يجب أكثر الأمرين من الأجر وأرش النقص لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء وينخرج لنا مثل ذلك

ولنا أن كل واحد منها ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والأجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الأجزاء ولذلك يجب الأجر وإن لم تفت الأجزاء وإن لم يكن للمعنصوب أجر كثوب غير مخيط فلا أجر على العناصب وعليه ضمان نقصه لا غير .

(فصل) وإذا نقص المعنصوب عند العناصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله

أن يضمّن من شاء منها فإن ضمن العناصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين العناصب إلى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه ، وان كان له أجرة فله الرجوع على العناصب بجمعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقى على العناصب والكلام في رجوع كل واحد منها على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى .

(فصل) واذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدا فعمله سكاكين وأواني أو خشبة فنجرها بابا أو تابوتا ، أو ثوبا فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه ان نقص ولا شيء للعناصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعى وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها الا أن العناصب لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء ، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن العناصب يملكها بالقيمة الا أنه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة ، واحتجوا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ، زار قوما من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال : ان هذه الشاة لتخبرنى أنها أخذت بعيرى حق فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أطعموها الاسرى ، رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لأمر بردها عليهم .

ولنا أن عين مال المخصوص منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها : ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فاذا فعله بملك غيره لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم . ولانه لا يزيل الملك اذا كان بعير فعل آدمى فلم يزله اذا فعله آدمى كالذى ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما روه ، وليس في رواية أبي داود ، ونحن نرضيهم عنها .

فاذا ثبت هذا فانه لا شيء للعناصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد ، وهذا

مذهب الشافعي وذكر أبو الخطاب : أن الغاصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه ، ومنافعه أجريت مجرى الأعيان فأشبهه مالهو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي ، لأن الغاصب عمل في ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه وسائر عمل العناصب ، فأما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للعناصب لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق على ملكه ، وفي مسألتنا عمله في ملك المعنصوب منه بغير إذنه فكان لاغيا على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين ، فأما إن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها معا كالزيت إذا غتلاه .

وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلها أو طينا جعله لبنا أو غتلا نسجه أو ثوبا قصره ، وإن جعل فيه شيئا من عين ماله مثل أن سمر الرفوف بمسامير من عنده فله قلعها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشبة المعنصوبة أو مال المعنصوب منه فلا شيء للعناصب وليس له قلعها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للعناصب فوهبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين .

وان استأجر العناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالأجر عليه ، والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منها فلو استأجر قصابا فذبح شاة فللمالك أخذها وأرش نقصها ويعزم من شاء منها فإن عزم العناصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجوع على العناصب لأنه غيره وإن علم القصاب أنها معنصوبة فعزمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالما بالحال ، وإن ضمن العناصب

رجع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وان استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل) وان عنصب حبا فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو بيضا فحضره فصار فرخاً فهو المانصب منه لأنه عين ماله نوى فأشبه ما تقدم ، ويتخرج أن يملكه العناصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق ، وان عنصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم للمالكها ولا شيء للعناصب في علفها ، قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم : يرد فروخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للعناصب فيما عمل ، وان عنصب شاة فأنزى عليها فخلا فالولد لصاحب الشاة لأنه من نملها وان عنصب فخلا فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي صلى الله عليه وسلم : نهى عن عصب الفحل ، وان نقصه الضراب ضر نقصه .

(فصل) وان عنصب : دنائير أو دراهم من رجل وخططها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين ، وقال أبو حنيفة يملكها العناصب وعليه عتامة مثلها لها وان خططها بمثلها من ماله ملكها لأنه تعذر تسليمها بعينها فأشبه ما لو تلفت . ولنا أنه فعل في المانصب على وجه التعدي لم يذهب بمالته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة .

(فصل) وان عنصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيدته وان عنصب جارحاً كالفهد والباري فصاد به فالصيد للمالكه لأنه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد ويحتمل أنه للعناصب لأنه الصائد والجارح آلة له ، ولهذا يكتفى بتسميته عند إرساله الجارح ، وان عنصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به ففيه وجهان . أحدهما : أنه لصاحب القوس والسهام والشبكة لأنه حاصل به فأشبهه نمل ملكه وكسب عبده . والثاني : للعناصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه مالو ذبح بسكين غيره فان قلنا : هو للعناصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه ان كان له أجر ، وان قلنا : هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطيداده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافعه ومنافعه في هذه المدة عائدة الى مالكه فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض انسان فأخذ المالك الزرع بنفقته

والثاني عليه أجر مثله لأنه استوفى منافعه أشبه ما لو لم يصد شيئا .

«مسألة ، قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد . وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها)

وجملة ذلك أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين فإن كان عالما بالتحريم فعليه حد الزنا لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة ، وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن مهر البعنى » .

ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ، ولأنه حق يجب للسيد مع إكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعتها والخبر محمول على الحرية ، ويجب أرش بكارتها لأنه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة ، ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة ، وإن حملت فالولد مملوك لسيدها لأنه من نملها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء . لأنه من زنا فإن وضعته حيا وجب رده معها وإن أسقطته ميتا لم يضمن لائنا لا نعلم حياته قبل هذا ^(١) [هذا قول القاضى وهو الظاهر من مذهب الشافعى عند أصحابه ، وقال القاضى أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حيا نص عليه الشافعى لأنه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالاتلاف ضمنه العناصب بالتلف فى يده كأجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه لأنه الذى يضمنه به بالجناية فيضمنه به فى التلف كالأجزاء ، وإن وضعته حيا] حصل مضمونا فى يد العناصب كالام فان مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وإن نقصت الام بالولادة ضمن نقصها ولم يجبر بالولد ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة يجبر نقصها بولدها ، ولنا أن ولدها ملك المعتبر منه فلا يجبر به نقص حصل بجناية العناصب كالنقص الحاصل بعنير الولادة ، وإن ضرب العناصب بطنها فالقت الجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه ؛ وإن ضرب بطنها أجنى ففيه مثل ذلك ، وللمالك تضمين أيها شاء فإن ضمن العناصب رجع على الضارب وإن ضمن الضارب لم يرجع على

(١) من هنا الى قوله : وإن وضعته حيا — زيادة من بعض النسخ .

أحد لأن الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه ، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت . ويدخل في ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها ، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ، وسواء في هذه الأحكام كإحالة الإكراه أو المطاوعة لأنها حقوق لسيدتها فلا تسقط بمطاوعتها : وأما حقوق الله تعالى كالحد عليها والتعزير في موضع يجب فإن كانت مطاوعة على الوطء عالة بالتحريم فعليها الحد إذا كانت من أهله والأثم والا فلا

(فصل وإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالإسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جارية فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وإن حملت فالولد حر لا اعتقاده أنها ملكة ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعته ميتاً لم يضمه لأنه لم يعلم حياته ولأنه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لأجل الحيلولة ، وإن وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لأنه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه أول حال انفصاله لأنه أول حال إمكان تقويمه ، ولأن ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده

وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبيد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئاً ، لأنه أتلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه ، لأن الإسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ، ولهذا لو وضعته حياً قومناه بملوكا ، وإن كان الضارب أجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لأنه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة أمه لأنه يضمه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه ، والحكم في المهر والأرش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ما مضى إذا كانا عالمين ، لأن هذه حقوق الأدميين فلا تسقط بالجمل والخطأ كالدية .

«مسألة ، قال (وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها ، وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار ، ورجع بذلك كله على الغاصب)

وجملة ذلك : أن العناصب اذا باع الجارية فيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بعينه اذنه ، وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على اجازة المالك ، وقد ذكرنا ذلك في البيع ، وفيه رواية ثالثة : ان البيع يصح وينفذ لان العناصب في الظاهر تتناول مدته فلو لم يصح تصرف العناصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها ، والتفريع على الرواية الاولى والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء العناصب الا أن المشتري اذا ادعى الجمالة قبل منه بخلاف العناصب فإنه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه ، ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان العناصب أخذها بعين حق ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، وللمشتري أخذ مال غيره بعين حق أيضا فيدخل في عموم الخبر ، ولأن مال غيره في يده : وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ، ويلزم المشتري المهر لانه وطئ جارية غيره بعين نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة ، وإن ولدت منه فالولد حر لا اعتقاده انه بطأ بملوكته ، فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقا ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء ، هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب

وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للمسيد بدلم لانهم كانوا في حال العلق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال : أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول ، والذي أذهب اليه أنه يفديهم ، وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بدلم يوم الوضع . وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : يجب يوم المطالبة ، لان ولد المعنصوبه لا يضمه عنده إلا بالمنع ، وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب . وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا فيقوم يوم وضعه ، لانه أول حال أمكن تقويمه . واختلف أصحابنا فيما يفديهم به ؛ فنقل الحرق هنا أن يفديهم بمثلهم ، والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانوثية ، وقد نص عليه أحمد

وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم في القيمة . وعن أحمد رواية ثالثة

أنه يفديهم بقيمتهم ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وهو أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ، ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته . وقد ذكرنا وجه هذه الاقوال في غير هذا الموضع . وقول الخرقى يرجع بذلك كله على العناصب ، يعنى بالمهر وما فدى به الاولاد ، لأن المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وأن يتمكن من الوطء بعنبر عوض : فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه . فأما الجارية اذا ردها لم يرجع ببذلها لانها ملك الممنسوب منه رجعت اليه ، لكنه يرجع على العناصب بالثمن الذي أخذه منه . وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها ، وإن اغتصبها بكرأ فعليه أرش بكارتها ، وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرش نقصها ، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها

وكل ضمان يجب على المشتري فللمنصوب منه أن يرجع به على من شاء منها لان يد العناصب سبب يد المشتري ، وما وجب على العناصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده ، فإنه يرجع به على العناصب وحده ، لان ذلك كان قبل يد المشتري ، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على العناصب نظرت ، فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها عنبر معنصوبة لم يرجع بشيء ، لأن موجب الضمان وجد في يده من غير تعزير ، وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وأرش بكارتها وبذل جزء من أجزائها ، لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامنا لذلك بالثمن ، فإذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به ، وهو بدل الولد إذا ولدت منه ، لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا عليه ولم يحصل من جهته إتلاف ، وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع العناصب منه ، وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعتها ، فهل يرجع به على العناصب ؟ فيه روايتان

إحداهما : يرجع به وهو قول الخرقى . لانه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض . فإذا غرم عوضه رجع به كبذل الولد ونقص الولادة ، وهذا أحد قولى الشافعي .

والثانية . لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة . لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبديل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي ، وان رجع بذلك كله على الغاصب فكل ما لو رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري . وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري ، ومتى ردها حاملا فماتت من الوضع فإنها مضمونه على الواطيء لان التلف بسبب من جهته .

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة . فإن كانت حرة كان المهر لها وإن كانت أمة كان لسيدها . وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجب المهر لانه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طأوعته .

ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فإذا كان الواطيء من أهل الضمان في حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة ، وأما المطاوعة فإن كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها . وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يجب كما لو أذنته في قطع يدها أو إتلاف جزء منها

وروى عن أحمد رواية أخرى أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت . نقلها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر ، والصحيح الاول لانها مكرهه على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالباكر ، ويجب أرش البكارة مع المهر كما قدمنا

(فصل)

إذا أجر الغاصب المعنوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ولما لكة تضمنين أيهما شاء أجر مثلها فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه بضمن المنفعة الا ان يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد ، وإن كان دفعه الى الغاصب رجع به ، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكةا تعزيم من شاء منها قيمتها . فإن غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين

ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم ، هذا اذا لم يعلم بالعنصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف — في يده فاستقر الضمان عليه ، فإن غرم الغاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستاجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستاجر عالما بالعنصب وإلا فلا ، وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في الفصل كله . وحكى عن أبي حنيفة أن الاجر للعنصب دون صاحب الدار ، وهذا فاسد لأن الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها العنصب كعوض الاجزاء .

(فصل)

وان أودع الممنسوب أو وكل رجلا في بيعه ودفعه اليه فتلف في يده فلذلك تضمن أيهما شاء . أما العنصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لإثباتها أيديها على ملك معصوم بعين حق : فإن غرم العنصب وكانا غير عالين بالعنصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وان غرما رجعا على العنصب بما غرما من القيمة والاجر ، لأنها دخلا على أن لا يضمننا شيئا من ذلك ولم يحصل لها بدل عما ضمنا ، وان علم أنها ممنسوبة استقر الضمان لان التلف حصل تحت أيديها من غير تعريض بها فاستقر الضمان عليها فإن غرما شيئا لم يرجع به ، وان غرم العنصب رجع عليها لان التلف حصل في أيديها ، وان جرحها العنصب ثم أودعها أو ردها الى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على العنصب بكل حال لانه هو المتلف فكان الضمان عليه كما لو باشرها بالإتلاف في يده .

(فصل) وان أعار العين الممنسوبة فتلفت عند المستعير فلذلك تضمن أيها شاء أجرها وقيمتها فإن غرم المستعير مع عليه بالعنصب لم يرجع على أحد ، وان غرم العنصب رجع على المستعير ، وان لم يكن علم بالعنصب فعنصره لم يرجع بقيمة العين لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، وهل يرجع بما غرم من الاجر ؟ فيه وجهان

أحدهما يرجع لانه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه

والثاني : لا يرجع لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم ، وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال ، واذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله فإن ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمنه أيضا لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه الى غير مستحقه : ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وان وهب المصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب ، فمما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لان التلف حصل في يديه ولم يعثره أحد . وكذلك أجر مدة مقامه في يديه وأرش نقص ان حصل ، وان لم يعلم فلصاحبها تضمنين أيها شاء فإن ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والاجزاء لانه غره ، وقال أبو حنيفة : أيها ضمن لم يرجع على الآخر .

ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه ، فأما الاجرة والمهر وأرش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب ؟ فيه وجهان ، وان ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب ؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات العناصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين احدهما : بطلانها .

والثانية . صحتها ووقوفها على اجازة المالك ، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات العناصب الحكمية رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح ، وهذا ينبع من أن يتقيد في العقود بما لم يطله المالك ، فأما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافا ، وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه : ان العناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء بطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضى كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم بطلانه يمنع ذلك (فصل) واذا غصب أثمنا فأتجر بها أو عروضا فباعها وأتجر بثمنها فقال أصحابنا : الربح للمالك والبيع المشتراة له ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب :

ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك ، قال الشريك وعن أحمد : أنه يتصدق به ، وان اشترى في ذمته ثم نقد الاثمان فقال أبو الخطاب : يحتمل أن يكون الربح للعناصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قولي له لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل الممنصوب ، وهذا قياس قول الخرقى ويحتمل أن يكون الربح للممنصوب منه لأنه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا هو ظاهر المذهب ، وان حصل خسران فهو على الغاصب لأنه نقص حصل في الممنصوب ، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا ، وليس على المالك من أجر العامل شيء لأنه لم يأذن له في العمل في ماله ، وأما الغاصب فإن كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لأنه متعبد بالعمل ولم يغره أحد ، وان لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله لأنه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فله أجره كالعقد الفاسد .

« مسألة ، قال (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزم الغاصب القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة) »

وجملته أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فللممنصوب منه المطالبة ببده فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين الممنصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك : بخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردّها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصبح ملكاً للعناصب لا يلزمه ردها الا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لان المالك ملك البذل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولأنه تضمنين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيت بزيته .

ولنا أن الممنصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمنين كالتالف ولأنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان الممنصوب مدبراً وليس هذا جمعا بين البذل والمبدل لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض ، ولهذا اذا رد الممنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لأنه يجوز بيعه ، ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً .

إذا ثبت هذا فإنه متى قدر على المغصوب رده ونمائه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده ؟ فيه وجهان أحدهما لا يلزمه ، لأنه استحق الانتفاع ببده الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عداه .

والثاني : له أجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه إلى الغاصب لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كانت باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب وان كان البديل تالفاً رد مثله أو قيمته وان لم يكن من ذوات الأمثال .

فصل

وان غصب عصيراً فصار خمرأ فعليه مثل العصور لأنه تلف في يديه ، فإن صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصور ويسترجع ما أداه من بدله : وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لأن العصور تلف بتخميره فوجب ضمانه ، وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينه ثم عاد سمنها فإنه يردّها وأرش نقصها .

ولنا أن الخل عين العصور تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشا أما السمن الأول فلنا فيه منع ، وان سلمناه قال الثاني غير الأول بخلاف مسألتنا (فصل) وإذا غصب شيئاً ببلد فلقية ببلد آخر فطالبه به نظرت فإن كان أثمانا لزمه دفعها إليه لأن الأثمان قيم الأشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وان كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه أداء مثله ، لأنه لا ضرر عليه ، وكذلك ان كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه ، وان كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده ولا رد مثله ، لانتا لا نكلفه مؤونة النقل الى بلد لا يستحق تسليمه فيه وللمغصوب منه الخيرة بين الصبر

إلى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمته في البلد الذي غصبه فيه لأنه تعدد رده ورد مثله ، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمته في البلد الذي غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المنصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسألة قبل هذا .

« مسألة ، قال (ولو غصبها حاملا فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

الكلام في هذه المسألة في أمرين :

(أحدهما) أنه إذا غصب حاملا من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلا فحملت عنده وولدت ضمن ولدها ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين لأنه ليس بمنصوب إذ الغصب فعل محذور ولم يوجد فإن الموجود ثبت اليد عليه وليس ذلك من فعله لأنه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه .

ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرية في الصدقة والجوز واللوز ولأنه منصوب فيضمن كلام فإن الولد إما أن يكون مودوعا في الأم كالدرية في الحقة وإما أن يكون كأجزائها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف ، والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فإن أسقطته ميتاً لم يضمه لأنه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملا وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه (الأمر الثاني) أنه يلزمه رد الموجود من المنصوب وقيمة النالف فإن كانت قيمة النالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الرد ردها ؛ وإن كانت تختلف نظرنا فإن كان اختلافهما لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص قالوا يجب القيمة أكثر ما كانت لأنها منصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لما لكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى ، فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك ، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لأنه لو ردها ناقصة لزمه أرش نقصها وهو بدل الزيادة

فإذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فإن كان اختلافها لتغير الأسعار لم يضمن الزيادة لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين فلا يضمن عند تلفها ، وحمل القاضى قول الخرقى على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار وهو مذهب الشافعى ، لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فإذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف ، وإنما سقطت القيمة مع رد العين ، والمذهب الاول لما ذكرنا ، وتفرق هذه الزيادة زيادة المعانى لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها .

وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لأنها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم ، قال القاضى ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف ، رواه الجماعة عن أحمد : وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب ، وهو قول أبى حنيفة ومالك ، لانه الوقت الذى أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو ألقه .

ولنا أن القيمة انما تثبت فى الذمة حين التلف لأن قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكره لا يصح لان امساك المغصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه فى كل حال ، وما روى عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال جبن أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول (فصل) وان كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل ، وقال القاضى تجب قيمته يوم قبض البدل لأن الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة ، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعى تجب قيمته يوم المحاكاة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم .

ولنا أن القيمة وجبت فى الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفى وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعى الوسع ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجبا كحالة المحاكاة ، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لأنه الأصل

قدر عليه قبل أداء البذل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لاستحق المالك طلبه وأخذه . وقد روى عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه ، وكذلك روى عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب ، وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا بإذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمة يوم ملكه ، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لأنه ملكه والمغصوب ملك للمغصوب منه والواجب رده لا قيمته وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك ، فأما إن كان المغصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فإنه بطالبه بقيمته يوم قبضها لأن القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر إلى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعى في رده وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولأن ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره .

مسألة ، قال (وإذا كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه في يديه)

هذه المسألة تشتمل على حكيتين :

(أحدهما) وجوب رد المغصوب .

(والثاني) رد أجرته : أما الأول فإن المغصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ، وقال حديث حسن ، وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردها » رواه أبو داود ، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه أعادتها ، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره ، فإن غصب شيئا فبعده لزم رده وإن غرم عليه

أضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه ، فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع .

وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده لأنه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه ، وإن قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه ذلك لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه ، وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده إليه أو لم يكن لأنه معاوضة ، وإن قال دعه في مكانه وأعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

(فصل)

وإن غصب شيئاً فشغله بملكه كخيط خاط به ثوباً أو نحوه أو حجراً بنى عليه نظرنا فإن بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يأخذ برده ووجب قيمته لأنه صار هالكا فوجب قيمته ، وإن كان باقياً بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب ، وهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجب رد الخشبة والحجر لأنه صار تابعا للملكه يستضر بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده .

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجبه كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لأنه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الأدمى ولأن حاجته إلى ذلك يبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء ، وإن خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة :

(أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزعه ورده لأنه لا يتضمن تقويت ذى حرمة فأشبهه ما لو خاط به ثوباً

(والثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالأدمى ، فإن خيف من نزعه الهلاك أو إبطاء برئه فلا يجب نزعه لأن الحيوان أكد حرمة من

عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته وإتلاف المال لتبقيته وهو ما با كاه وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعل والحمار الأهل .

(الثالث) أن يخطط به جرح حيوان ما كول فإن كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لأن فيه إضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب إتلاف مال من لم يحن صيانة لمال آخر ، وإن كان الحيوان للعنصب ، فقال القاضي لا يجب رده لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز وإن حصل فيه نقص على العنصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المعنصب كنقض البناء لرد الحجر المعنصب ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان :

(أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه لأن للحيوان حرمة في نفسه وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لعيراً كله . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ويحتمل أن يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الأنعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يعد له كالحيل والطيور المقصود صوته فالأول يجب ذبحه إذا توقف رد المعنصب عليه (والثاني) لا يجب لأن ذبحه إتلاف له فجرى مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وإن غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما يقض البناء لرد الساجة فإن كان حصوله في الدار بعنبر تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمائه على صاحب الفصيل ، لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة : فإن كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وإن كان أقل كسرت : ويحتمل في الفصيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لأنه في معنى الخشبة ، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ،

ولو باع داراً فيها خوائن لا تخرج إلا بنقض الباب أو خرائن أو حيوان وكان
نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان بنقض
وكان إصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لأنه
لا فائدة فيه ويصلحان على ذلك إما بأن يشتريه مشتري الدار أو غير ذلك .

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة ، فقال أصحابنا : حكمها حكم الخيط
الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح
الحيوان وردت إلى مالكها وضمن الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان
أدمياً : وفارق الخيط لأنه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة
ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل
الضمان عليه ، وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها
إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب
الجوهرة لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها
فلا شيء لصاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه .

وإن أدخلت رأسها في قمقم فلم يمكن إخراجها إلا بذبحها وكان الضرر في ذبحها
أقل ذبحت وإن كان الضرر في كسر القمقم أقل كسر القمقم ، وإن كان التفريط
من صاحب الشاة فالضمان عليه ، وإن كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه
في الطريق فالضمان عليه ، وإن لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة إن
كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته ، وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم
لأنه لتخليص قممه ، فإن قال من عليه الضمان منها أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً
للاخر فله ذلك لأن اتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا
رضى بتلفه لم يجز اتلاف غيره .

وإن قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن
صاحب القمقم لا يجبر على شيء لأن القمقم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على
تخليصه ، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له
أما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب وأما أن تغرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل
ضرراً ويخلصها الآن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كلفها .

وان كان الحيوان غير ما كول احتمل أن يكون حكمه حكم الماكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمقم وهو قول أعجابنا لأنه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل أن يجري مجرى الماكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الجناية من صاحبه قتل لأن حرمة معارضة حرمة الأدمى الذى يتلف ماله والنهى عن ذبحه معارض بالنهى عن اضعاء المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضعاء للمال والله أعلم .

(فصل)

وان غصب ديناراً فوق في محبرته أو أخذ دينار غيره فسها فوق في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه ، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لأنه لتخليص ماله ، وان غصب ديناراً فوق في محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها ، وان كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر ، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على ائلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها .

(فصل) وان غصب لوحاً فرقع به سفينة فإن كانت على الساحل لزم قلعه ورده وان كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تفرق بقلعه لزم قلعه وان خيف غرقها بقلعه لم يقلع حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للغاصب أو لا مال فيها ففيها وجهان ، أحدهما : لا يقلع ، والثاني : يقلع في

الحال لانه أمكن رد المصوب فلزم وان أدى الى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين .

ولنا أنه أمكن رد المصوب من غير اتلاف فلم يجز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن ردها من غير اتلاف .

(فصل) واذا غصب شيئا تخلطه بما يمكن تمييزه منه كحنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وان لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييز ما أمكن وان لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب . أحدها : أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنائير أو دراهم بمثلها ، فقال ابن حامد : يلزمه مثل المصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه نص على أنه يكون شريكا به اذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهها على ما اذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي الا في الدقيق فإنه يجب قيمته لانه عندهم ليس بمثل ، وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله ان شاء منه وان شاء من غيره لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبهه ما لو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله .

ولنا انه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو غصب صائعا فتلف نصفه ، وذلك لانه اذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبذل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنها شريكان يباع الجميع ويدفع الى كل واحد منهما قدر حقه لانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لانا اذا فعلنا ذلك أوصلنا الى كل واحد منهما عين ماله واذا أمكن الرجوع الى عين المال لم يرجع الى البدل وان نقص المصوب عن قيمته منفردا فعلى الغاصب ضمان النقص لانه حصل بفعله ، وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لانه صار بالخلط مستهلكا وكذلك لو اشترى زيتا تخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كاسوة

الغرماء ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطاً من غير غصب فأما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذه من المثلثات ميمراً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضى المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الردى أو دون حقه من الجيد لم يجز لأنه ربا لأنه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضى دون حقه من الردى أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لأنه صار كالمالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك لأنه بسببه ولا أصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

فصل وان غصب ثوباً فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام ، أحدها : أن يصبغه بصبغ له ، الثاني : أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه ، الثالث : أن يصبغه بصبغ لغيرهما ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص مثل أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فهما شريكان لأن الصبغ عين مال له قيمة فإن تراضيا بتركه لهما جاز وإن باعاه فثمنه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيهما وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زاد العمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمه الغاصب لما تقدم .

وان نقص لاجل العمل فهو على الغاصب لانه بتعديه فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله للمالك ولا شيء للغاصب لان النقص حصل بعدوانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبغ سبعة ، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوى ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وان ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها .

وان انعكس الحال فصار الثوب يساوى في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لان زيادة السعر لا تضمن فان اراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص ، وبهذا قال الشافعي : لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفيه وظاهر كلام الخرقى أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر ، وقال أبو حنيفة : ليس له أخذه لان فيه اضرارا بالثوب المنصوب فلم يكن منه كقطع خرقة منه وفارق قلع العنرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض ، وان اختار المنصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان :

أحدهما : يملك إجبار الغاصب عليه كما يملك إجباره على قلع شجره من أرضه وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه ، وإن استضر الغاصب كقطع الشجر ، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الأرض .

والثاني لا يملك إجباره عليه ولا يمكن من قلعه لأن الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع ، فلم يجبر على قلعه كقطع الزرع من الأرض ، وفارق الشجر فإنه لا يتلف بالقطع . قال القاضي : هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع ، وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يتمتع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب ، فهو أشبه بالشجر في الأرض ، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بمالا يتلف فإنه يجبر على قلع ما يتلف ومالا يتلف ، ولأصحاب الشافعي وجهان كمذين

وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب لئلا يملكه لم يجبر على قبوله لأنه إجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه ، كما لو بذل له قيمة الفراس ، ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الأرض المشفوعة والعارية ، وفي الأرض المنصوبة إذا لم يقلعه الغاصب ، ولأنه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا

وإن بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه لئلا يملكه لم يجبر على ذلك ، كما لو بذل صاحب الفراس قيمة الأرض لمالكها في هذه المواضع ، وإن وهب الغاصب الصبغ لمالك الثوب فهل يلزمه قبوله ؟ على وجهين أحدهما : يلزمه ، لأن الصبغ صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه .

الثاني : لا يجبر لأن الصبغ عين يمكن إفرادها فلم يجبر على قبولها ، وظاهر كلام الحنفي أنه يجبر لأنه قال في الصداق : إذا كان ثوباً فغصبه فبذلت له نصفه مصبوغاً يلزمه قبوله ، وإن أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لأنه ملكه

فلا يملك الغاصب منه من يبيع ملكه بعدوانه ، وإن أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لأنه متعدد فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ، ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه

(القسم الثاني) أن يغصب ثوبا وصبغا من واحد فيصبغه به ، فإن لم تزد قيمتها ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه ، وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للغاصب ولأنه إنما له في الصبغ أثر لا عين : وإن نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه بتعديده : وإن نقص لتغير الاسعار لم يضمه .

(القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به ، فإن كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر مالهما ، وإن زادت فالزيادة لهما ، وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع به على الغاصب : وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منها من صاحبه وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمها حكم ما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه ، وإن غصب عسلا ونشأ وعقده حلواء فحكمه حكم ما لو غصب ثوبا فصبغه على ما ذكر فيه

الحكم الثاني : أنه متى كان للبغصب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، وبه قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : لا يضمن المنافع ، وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجرىء أن أقول عليه سكنى ماسكن . وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الاجر إلا أن أبا بكر قال : هذا قول قديم ، لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة ، واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبي (ص) الخراج بالضمان ، وضمانها على الغاصب ، ولأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمها كما لو زنا بامرأة مطاوعة .

ولنا أن كل ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمه بمجرد الإتلاف

كالأعيان ، ولأنه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالأعيان ، أو تقول مال متقوم
منصوب فوجب ضمانه كالعين ، فأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب
لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمنصوب بالإجماع ، ولا يشبه الزنا لأنها رضية ياتلاف
منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضى العوض ، فكان بمنزلة من أعاره داره . ولو
أكرهها عليه لزمه مهرها ، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار
والثياب والدواب ونحوها . فأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لأنه
لا منافع لها يستحق بها عوض

ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن
مهرها ، لأن منافع البضع لا تتلف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ، ولأنها لا تقدر
بزمان فيكون مضى الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

فصل

إذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ، لأن الغاصب حال
بينه وبين ماله والأكـل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذن
مالكه ، فإن كان الأكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره
بغير إذن عالما من غير تغيير ، فإذا ضمن الغاصب رجع عليه ، وإن ضمن
الأكل لم يرجع على أحد . وإن لم يعلم الأكل بالغصب نظرنا فإن كان الغاصب
قال له : كله فإنه طعامى استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان ياق عليه ، وإنه
لا يلزم الأكل شيء ، وإن لم يقل ذلك ففيه روايتان
إحداهما يستقر الضمان على الأكل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد
لأنه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد

والثانية يستقر الضمان على الغاصب لأنه غر الأكل وأطعمه على أنه لا يضمنه :
وهذا ظاهر كلام الخرقى لقوله فى المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على
الغاصب ، وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد ، فإن غرمه صاحبه
رجع عليه ، وإن أطعم المنصوب للمالك فأكله عالما أنه طعامه برى الغاصب ،
وإن لم يعلم وقال له الغاصب : كله فإنه طعامى استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا

وان كانت له بينة بأنه طعام المنصوب منه ، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله
أو قال قد وهبتك إياه أو سكت ، فظاهر كلام أحد أنه لا يبرأ . لانه قال في رواية
الاثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم
فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية ، يقول له : هذا لك عندي . وهذا يدل
على أنه لا يبرأ منها بأكل المالك طعامه بطريق الاولى ، لانه ثم رد اليه يده
وسلطانه ومنها بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسلطان ، فإنه لا يتمكن من التصرف
فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه ،
ويخرج أن يبرأ بناء على ما مضى إذا أطعمه لغير مالكة ، فإنه يستقر الضمان على
الأكل في إحدى الروايتين فيبرأ منها بطريق الاولى : وهذا مذهب أبي حنيفة .
وان وهب المنصوب لمالكه أو أهده اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه
تسليماً صحيحاً تماماً وزالت يد الغاصب ، وكلام أحد في رواية الاثرم وارد فيها اذا
أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية ، فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل
العوض فلم تثبت المعاوضة ، ومسألتنافياً إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها
وان باعه إياه وسلمه اليه برىء من الضمان ، لانه قبضه بالابتياح ، والابتياح يوجب
الضمان ، وان أقرضه إياه برىء أيضاً لذلك وإن أعاره إياه برىء أيضاً لان العارية
توجب الضمان ، وإن أودعه إياه أو أجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقصره
أو يعلمه لم يبرأ من الضمان الا أن يكون عالماً بالحال ، لانه لم يعد اليه سلطانه إنما
قبضه على أنه أمانة

وقال بعض أصحابنا : يبرأ لأنه عاد الى يده وسلطانه . وهذا أحد الوجهين
لأصحاب الشافعي ، والاول أولى ، فإنه لو أباحه إياه فأكله لم يبرأ منها أولى .

(فصل)

إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المنصوب ولا بينة لأحدهما فالقول قول
الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقيم عليه به حجة ، كما لو ادعى
عليه ديناً فأقر ببعضه . وكذلك ان قلل المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر
الغاصب فالقول قوله كذلك ، فإن شهدت له البينة بالصفة ثبتت .
وان قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبح ذائعة أو عيب فأنكر المالك فالقول

قوله لأن الأصل عدم ذلك والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال ، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت زيادته ، فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته ، وإن شاهدنا العبد معييا فقال الغاصب كان معييا قبل غصبه ، وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لأنه غارم ؛ ولأن الظاهر أن صفه العبد لم تتغير ، وإن غصبه خمرًا ثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لأن الأصل بقاءه على ما كان وبرائة الذمة ، وإن اختلفا في رد المنصوب أو رد مثله أو قيمته فالقول قول المالك ، لأن الأصل عدم ذلك واشتغال الذمة به ، وإن اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب لأنه أعلم بذلك وتتغير إقامة البينة عليه ، فإذا حلف فللمالك المطالبة ببده ، لأنه تعذر رد العين فلزوم بدلها ، كما لو غصب عبدا فأبق ، وقيل ليس له المطالبة بالبدل لأنه لا يدعيه .

وإن قال غصبت مني حديثا فقال بل غتبقا فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه

(فصل)

وإذا باع عبدا فادعى إنسان على البائع أنه غصب العبد وأقام بذلك بينه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وإن لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كما لو قامت به بينة ، وإن أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري ، لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته ، لأنه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبائع إحلافه ، ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لأنه لا يدعيه ، ويحتمل أن يملك مطالبة بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العبد ، لأنه يدعى القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن ، فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه ، كما لو قال لي عليك ألف من ثمن مبيع فقال : بل ألف من قرض

وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ، ومتى عاد

العبد الى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه .
وان كان إقرار البائع في مدة الخيار له انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل إقراره
بما يفسخه ، وان أقر المشتري وحده لزمه رد العبد ولم يقبل إقراره على البائع ولا
يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ، ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه ،
وان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن ، وان أقام البائع بينة اذا
كان هو المقر نظرنا ، فإن كان في حال البيع قال : بعثك عبدي هذا أو ملكي لم
تقبل بينته لانه يكذبها وتكذبه : وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير
ملكه ، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له ، لانه يجر بها الى
نفسه نفعا . وان أنكره جميعا فله احلافهما ان لم تكن له بينة

قال أحمد في رجل يخذ سرقة بعينها عند انسان ، قال هو ملكه يأخذه ، أذهب
الى حديث سمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : من وجد متاعه عند رجل
فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه ، رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة
عن الحسن عن سمرة ، وموسى بن السائب ثقة

فصل في

وان كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك ، وكان العبد حراً لانه
قد تعلق به حق لعنيزهما ، فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية
تتعلق بها حق الله تعالى ، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على
الرق سمعت شهادتهما ، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل إقراره ، وهذا
مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعي
لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه ، فصح كما لو لم يعتقه المشتري ؛ ومتى حكمنا
بالحرية فللمالك تضمين أيها شاء قيمته يوم عتقه ، ثم ان ضمن البائع رجوع على
المشتري لانه أتلفه ، وان رجع على المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن ، لأن
التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه . وان مات العبد وخلف مالا فهو للمدعي
لاتفاقهم على أنه له ، وانما منعت رد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثا
فياخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد ، وان صدق المشتري البائع
وجدته رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيّة الاقسام على ما مضى

(فصل)

واذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى أنى فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالك فيلزمك رده على لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت ، فإن كان قال حين البيع والهبة : هذا ملكى أو بعثك ملكى هذا . وكان فى ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكى أو أقبضته ملكى ونحو ذلك لم تقبل البينة ، لانه مكذب لها وهى تكذبه ، وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة ، لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المعنصب جناية أوجبت القصاص فاقصر منه فضمانه على العناصب لأنه قد تلف فى يديه ، فان عنى عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على العناصب لانه نقص حدث فى يده فلزمه ضمانه ، لان ضمان العبد ونقصه على سيده ، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده وان جنى على ما دون النفس مثل ان قطع يداً تقطعت يده قصاصاً فعلى العناصب ما نقص العبد بذلك دون أرش اليد : لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت ، وان عنى عنه على مال تعلق أرش اليد برقبته وعلى العناصب أقل الامرين من قيمته أو أرش اليد ، فان زادت جناية العبد على قيمته ثم انه مات فعلى العناصب قيمته يدفعها الى سيده ، فاذا أخذها تعلق أرش الجناية بها لانها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت يده ، كما أن الرهن اذا ألقفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها : فاذا أخذ ولى الجناية القيمة من المالك رجع المالك على العناصب بقيمة أخرى لان القيمة التى أخذها استحققت بسبب كان فى يد العناصب فكانت من ضمانه . ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استعترقت قيمته ، ثم ان المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية ، فاذا أخذها ولى الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ، ولو أن العبد جنى فى يد سيده جناية تستعرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى فى يده جناية تستعرق قيمته بيع فى الجنائيتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثانى منها لأن الجناية كانت فى يده وكان للجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثانى ، لان الذى يأخذه

المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه ، فان مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجنى عليه أولا أن يأخذه لما ذكرناه .

« مسألة ، قال (من أتلف لذي خمر أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظرونه) »

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متافه مسلماً أو ذمياً ، لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذي خمر فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانهما إذا أتلفهما على ذمي ، قال أبو حنيفة : إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الأدي وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روى عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه إن أهل الذمة يملكون بالعاشر ومعهم الخمر ، فكتب إليه عمر : ولوم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها ، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم .

ولنا أن جابر روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » متفق على صحته وما حرم بيعه لا حرمة لم يجب قيمته كالميتة ، ولأن ماله يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمرتد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة ، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريمها ثبت في حقها وخطاب النواهي يتوجه إليهما فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراققتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين .

وقولهم . إنها مال عندهم ينتقض بالغبد المرتد فإنه مال عندهم ، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم ، وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم

تبايعوا وتقابضوا حكنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أثمانا مجاز كما سمي الله تعالى
 ثمن يوسف ثمنا فقال (وشروه بثمن بخس) .

وأما قول الخرقى : وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه فلأن كل ما اعتقدوا
 حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذهم ونكاح
 ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه لأننا التزمنا إقرارهم عليه
 في دارنا فلا نعرض لهم فيما التزمنا تركه ، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم
 فإن كان خمرأ جازت إراقتة ، وإن أظهروا صليبا أو طنبورا جاز كسره ، وإن
 أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك ، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين .

فصل

وإن غصب من ذمى خمرأ لزومه ردها لأنه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم
 لم يلزم ردها ووجبت إراقتها لأن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم
 عن أيتام ورثوا خمرأ فأمره بإراقتها ، وإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها
 لأن ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إن الله إذا حرم شيئا
 حرم ثمنه ، ولأن ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم ، فإن أمسكها في
 يده حتى صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم ملكه فلزم ردها
 إليه فإن تلفت ضمنها له لأنها مال للغصب منه تلف في يد الغاصب ، وإن أراقها
 لجمعها إنسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل لأنه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها

(فصل) وإن غصب كلبا يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به
 واقتناؤه فأشبهه المال وإن أتلفه لم يغرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا تجوز
 إجلمته ، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده ؟ على وجهين بناء على الروايتين في
 طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالغوب
 النجس ، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى إصلاحه فإن أتلفه
 أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه ، وإن دبغه
 الغاصب لزم رده إن قلنا بطهارته لأنه كالخمر إذا تخللت ، ويحتمل أن لا يجب رده
 لأنه صار مالا بفعله بخلاف الخمر ، وإن قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لا يباح

الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لأنه نجس يباح الانتفاع به . أشبه الكلب وكذلك قبل الدبنع

(فصل) وإن كسر صليبا أو مزماراً أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه ، وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه ، وقال أبو حنيفة يضمن .

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » متفق عليه وقال النبي (ص) « بعثت بمحق القينات والمعازف » .

(فصل)

وإن كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها لأن اتخاذها محرم ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فإن منها نقل عنه فيمن هشم على غيره إبريقاً فضة عليه قيمته يصوغه كما كان ، قيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها ؟ فسكت ، والصحيح أنه لا ضمان عليه ، نص عليه أحمد في رواية المروزي فيمن كسر إبريق فضة لا ضمان عليه لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ، ولأن في هذه الرواية أنه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك .

(فصل) وإن كسر آنية الخمر فقيها روايتان :

أحدهما . يضمنها لأنه مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالميتة الذي جعل مخزناً للخمر والثانية : لا تضمن لما روى الإمام أحمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مریم عن ضمرة بن حبيب قال : قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية بمدية وهي الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأوهفت ثم أعطانيتها وقال « اغد على بها » ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه

الذين كانوا معه أن يمشوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقا إلا شققته ، وروى عن أنس قال : كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا أت فقال إن الخمر قد حرمت ، فقال أبو طلحة قم يا أنس إلى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدك على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات .

(فصل) ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحرق ، فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالإتلاف ، وإن أخذ حراً فحبسه فمات عنده لم يضمنه ، لأنه ليس بمال ، وإن استعمله مكرها لزمه أجر مثله ، لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد ، وإن حبسه مدة لمثلها أجر فقيه وجهان .

أحدهما : يلزمه أجر تلك المدة ، لأنه فوت منفعة وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد .

والثاني : لا يلزمه . لأنها تابعة لما لا يصح غصبه ، فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ، ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا ، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجهاً واحداً ، لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً — وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي .

فصل

وأم الولد مضمونة بالغصب ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا تضمن ، لأن أم الولد لا تجرى مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغرماء ، فأشبهت الحر .

ولنا أن ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ، ولأنها مملوكة ، فأشبهت المدبرة وفارقت الحرية فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) وإذا فتح قفصاً على طائر فطار ، أو حل دابته فذهبت ضمنها ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه إلا أن يكون أهماجها حتى ذهباً وقال أصحاب الشافعي : إن وقفنا بعد الحل والفتح ثم ذهباً لم يضمنهما وإن ذهباً

عقيب ذلك فقيه قولان ، واحتجا بأن لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ،
ومن الفاتح سبب غير ملجئ . ، فإذا اجتمع لم يتعلق الضمان بالسبب ، كما لو حفر
بشراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلو لم يضمن الضمان ، كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه
وحله ، والمباشرة إنما حصلت من لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط ، كما لو نفر
الطائر وأهاج الدابة أو أشلى كلباً على صبي فقتله أو أطلق ناراً في متاع إنسان فإن
لنار فعلاً لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ، ولأن الطائر
وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع ، فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان
ضمانه على من أزال المانع ، كمن قطع علاقة قنديل فوق فانسكسر : وهكذا لو حل
قيد عبد فذهب أو أسير فأفلت ، وإن فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين لجاء
إنسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما ، لأن سببه أخص فاخص الضمان به ،
كالمدافع مع الحافر .

وإن وقع طائر إنسان على جدار فنفره إنسان فطار لم يضمنه ، لأن تنفيره لم
يكن سبب فواته ، فإنه كان ممتنعاً قبل ذلك ، وإن رماه فقتله ضمنه ، وإن كان في
داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله . وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه
فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره ، فهو كما لو رماه في هواء دار غيره
(فصل) ولو حل زقا فيه مائع فاندفق ضمنه ، سواء خرج في الحال أو خرج
قليلاً قليلاً أو خرج منه شيء ، بل أسفله فسقط ، أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل
قليلاً قليلاً حتى سقط ، أو سقط بريح أو بزلزلة الأرض ، أو كان جامداً فذاب
بشمس لأنه تلف بسبب فعله .

وقال القاضي : لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ، ويضمن فيما سوى ذلك ،
وهو قول أصحاب الشافعي ، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان ، واحتجوا بأن
فعله غير ملجئ . والمعنى الحادث مباشرة ، فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه إنسان
ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ، فوجب
عليه الضمان ، كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً ، وكما لو جرح إنساناً فأصابه
الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن . وأما إن دفعه إنسان فإن المتخلل بينهما

مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مسألتنا ، ولو كان جامدا فأدنى منه آخر نارا فأذا به فسال فالضمان على من أذا به ، لأن سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبهه المنفر مع فاتح القفص .

وقال بعض الشافعية : لاضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع ، وهذا فاسد لأن مدنى النار ألجأه الى الخروج فضمنه ، كما لو كان واقفا فدفقه ، والمسألة حجة عليه ، فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز ، والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز وأخذ المال جميعاً ، ثم ان الحد يدرأ بالشبهات بخلاف الضمان ، ولو أذا به أحدهما أولاً ثم فتح الثانى رأسه فاندفق فالضمان على الثانى لأن التلف تعقبه ، وان فتح زقا مستعلى الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلا قليلا فجاء آخر فنكسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكسر ؛ وما قبله على الفاتح ، لأن فعل الثانى أخص كالجارح والذابح

(فصل)

وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها ، سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف فيها كالحلاف فى الطائر فى القفص

(فصل) اذا أوقد فى ملكه نارا أو فى موات فطار شرارة الى دار جاره فأحرقها أو سقى أرضه فتزل الماء الى أرض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد ولأنها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود ، وفارق من حل زقا فاندفق لأنه متعد بحله ، ولأن الغالب خروج المائع من الزق المفتوح ، وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد الى تلف مال غيره . وان كان ذلك بتفريط منه بأن أجب نارا تسرى فى العادة لكثرتها أو فى ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء فى أرض غيره أو أوقد فى دار غيره ضمن ما تلف به ، وان سرى الى غير الدار التى أوقد فيها والأرض التى الماء فيها لأنها سراية عدوانى أشبهت سراية الجرح الذى تعدى به ، وان أوقد نارا فأبيست أغصان شجرة غيره ضمنها لأن ذلك لا يكون الا من نلوا كثيرة الا أن تكون الأغصان فى هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف فى داره لحرمتها ، وهذا الفصل مذهب الشافعى كما ذكرنا سواء .

(فصل)

وإن ألفت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظه كاللقطة ، وإن لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها ، وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فصار كالغاصب ، وإن سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه ، وإن دخل برجه فأغلق عليه الباب ناويا أمساكه لنفسه ضمنه ؛ لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب ، والا فلا ضمان عليه لأنه يتصرف في برجه كيف شاء ، فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه .

(فصل) إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن . وإن لم يكن معها لم يضمن ما أكلته ، وإذا استعار من رجل بهيمته فأتلفت شيئا وهي في يد المستعير فضمانه على المستعير ، سواء أتلفت شيئا لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير .

وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لأن اتلافها للزرع في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستعير ، وإن كان للزرع للمالك فإن كان ليلاً ضمن أيضا ، لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعا .

(فصل) إذا شهد بالغصب شاهدان ، فشهد أحدهما أنه غصبه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما . وإن شهد أحدهما أنه أقر بالغصب يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البينة ، لأن الإقرار وإن اختلف رجع إلى أمر واحد ، وإن شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البينة أيضا ، وإن شهد له واحد وحلف معه ثبت الغصب ، فلو كان الغاصب حلف بالطلاق أنه لم يغصبه لم نوقع طلاقه ، لأن الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق ، والله أعلم .

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه وهي ثابتة بالسنة والاجماع . أما السنة فما روى عن جابر رضى الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، . متفق عليه .

ولمسلم قال : قضى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به . وللبخارى : إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط . والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه عما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص ، فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلطه الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه . ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم ، فانه قال : لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضراراً بأرباب الاملاك . فإن المشتري اذا علم أنه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء . لمخالفته الآثار الثابتة والاجماع المنعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين :

أحدهما : إنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

الثاني : أنه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج ، فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به ، وقيل اشتقاقها من الزيادة ، لأن الشفع يزيد المبيع في ملكه .

« مسألة ، قال أبو القاسم (ولا تجب الشفعة الا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الاصل ، اذ هي انتزاع ملك المشترى بغير رضاه منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم ، لكن أثبتتها الشرع لمصلحة راجحة ، فلا تثبت الا بشروط أربعة :

أحدها أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم ، فأما الجار فلا شفعة له ؛ وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الانصارى وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعى والشافعى واسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وقال ابن شبرمة والثورى وابن أبى ليلى وأصحاب الراى : الشفعة بالشركة ثم بالشركة فى الطريق ثم بالجوار

وقال أبو حنيفة : يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركا كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة . وقال العنبرى وسوار : تثبت بالشركة فى المال وبالشركة فى الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بصقبة »^(١) ، رواه البخارى وأبو داود

وروى الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « جار الدار أحق بالدار ، رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح . ورواه الترمذى فى حديث جابر « الجار أحق بداره ينتظر به اذا كان غائبا اذا كان طريقهما واحد ، وقال حديث حسن ولانه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة

ولنا . قول النبى صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وروى ابن جريج عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أو عن أبى سلة أو عنهما - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قسمت

(١) كذا فى الاصل بالصاد ، وفى صحيح البخارى بالسين ومعناه القرب ، يعنى أن الجار بسبب قربه أحق بالشفعة .

الأرض وحدت فلا شفعة فيها ، رواه أبو داود : ولأن الشفعة ثبتت في موضع
الوافق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه ، ويبان انتفاء
المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته
أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج
إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حديث أبي رافع فليس
بصریح في الشفعة ، فإن الصقب القرب ، يقال بالسین والصاد ، قال الشاعر :

كوفية نازح محلها لا أمم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك ، وخبرنا صريح
صحيح فيقدم ، وبقية الأحاديث في أسانيدھا مقال . فحديث سمرة يرويه عنه الحسن
ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة ، قاله أصحاب الحديث ، قال ابن المنذر : الثابت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث جابر الذي رويناه ، وما عداه من
الأحاديث فيها مقال ، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً ويسمى
كل واحد من الزوجين جاراً ، قال الشاعر :

أجارتنا بيني فأنت طالق كذاك أمور الناس غاد وظارقه

قال الأعشى : وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج ، قال حماد
ابن مالك : كنت بين جارتين لي فضريت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ،
وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في
رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة
له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب
وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف ،
إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه ، قال القاضي إنما هذا لأن بين المنكرها هنا
على القطع والبت ، ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ،
ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لا على التحريم لأنه يحكم بطلان مذهب
المخالف ، ويجوز للشترى الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى .

١ فصل (الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضا لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض ، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض بغير خلاف في المذهب ، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط ، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار .

القسم الثاني : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع والثرثرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك : يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس .

ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس ، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة ، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الأرض ، وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينهل كالحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار . أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفردا ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي .

وروى عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقنادة وربيعة وإسحاق : لا شفعة في المنقولات ، واختلف عن مالك وعطاء ، فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب ، قال ابن أبي موسى وقد روى عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك ، قال أبو الخطاب : وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس ، وإن بيع مفردا ، وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما لم يقسم » ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الشفعة في كل شيء » .

ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم ، الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا يقسم من الأرض بدليل قوله ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ، ولأن هذا مما لا يتبقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام ، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها ، والحكم في الغراف^(١) والدولاب والناعورة كالحكم في البناء فأما أن يبعث الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا يقسم من العقار ولأن هذا مما لا يقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن القرار تابع لها فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها ، وإن يبعث حصة من علو دار مشترك نظرت فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء مفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لأن له قراراً فهو كالسفل .

(فصل) الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والمضادة والطريق الضيقة والعراض الضيقة فمن أحد روايتان .

أحدهما : لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وزبيدة والشافعي .
والثانية : فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن سريج ، وعن مالك كالروايتين ، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام ، الشفعة فيما يقسم ، وسائر الالفاظ العامة ، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ، والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في رموس المسائل .

وروى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل ، ولأن اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة

في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يتمتع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي اثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال ان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم : وقولهم ان الضرر هنا أكثر لتأبده ، قلنا : إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق :

فأما ما أمكن قسمته بما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمکن الانتفاع به حماما فإن الشفعة تجب فيه ، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيان كالبئر ينقسم بترين يرتقى الماء منها وجبت الشفعة ، وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين وجبت الشفعة أيضا لأنه تمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منها ما لم يتمكن من إبقائها رحي لم تجب الشفعة .

فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لأحد في ذلك ، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضا لأن اثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها ، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان عمرا لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجوز كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار

فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهليز الجار وصحته كالقول في الطريق المملوك ، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضى وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر .

(فصل)

الشرط الرابع . أن يكون شقصاً منتقلاً بعوض ، وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمته ، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالمتب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه فافتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ، ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ، ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه ولا يمكن هذا في غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافتراقاً ، فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين .

أحدهما : ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنائيات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار .

ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن

مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق .

(القسم الثاني ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره ، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي ثم اختلف بم يأخذه ؟ فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع .

وقال الشريف أبو جعفر : قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي ، لأنه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض ، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك يعقد معاوضة فأشبهه البيع .

ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يتمتع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقائمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه ، ولأنه ليس له عوض . يمكن الأخذ به فأشبهه الموهوب والموروث وفارق البيع فإنه أمكن الأخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته ، وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم فقيه وجهان .

أحدهما : حق الشفيع مقدم لأن حقه أسبق لأنه ثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق .

والثاني : حق الزوج أولى ، لأنه ثبت بالنصر والاجماع والشفعة ههنا لا نص

فيها ولا إجماع فأما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة ، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها .

(فصل) واذا جنى جنائتين عمداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شئنين وجبت الشفعة في الجميع ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبعض الصفة على المشتري .

وانا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ، ولان الصفة جمعت ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وبهذا الاصل يبطل ما ذكره ، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف ، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شئنين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال .

(فصل)

ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان ، وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضائه ، ولان الشفيع انما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه

والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يثبت ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبا ولا شافعي قولان كالْمذهبين .

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجوز كما لو كان الخيار للبائع فإتينا انما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع عليه في عين مالهما وهما في نظر الشرع على السواء ، وفارق الرد بالعيب فإنه انما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار علما ببيع الاول سقطت شفيعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الاول في الصحيح من المذهب .

وفي وجه آخر أنه ثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منهما وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لان ملكه زال قبل ثبوت الشفعة ، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب أن لا تسقط شفيعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الاول وللمشتري الاول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه لانه كان شريكا للشفيع حين يبعه .

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام اذا بلغ بضمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي .

ولنا أنه انما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالاجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته ، فأما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فإن كان لوارث بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع ، وهل يصح فيما عداه ؟ على ثلاثة أوجه .

أحدهما : لا يصح لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع فلم يصح في بيعه كما لو قال : بعنك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة ، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة (الثاني) أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها .

والثالث : أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فإن أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن وإن ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة ووردهم لأن حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيه .

القسم الثاني : إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وإن كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان .

أحدهما : له الأخذ بالشفعة لأن المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث .

والثاني : يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ به لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا ، ولأصحاب النافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين .

وثالث . أن البيع باطل من أصله لإفضائه الى إبطال المحاباة الى الوارث وهذا فاسد لأن الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل بطلان فرع له ، وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث المحاباة انما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبه هبة غريم الوارث .

الوجه الرابع : أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلاً هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعه فيه .

الخامس : أن البيع يبطل في قدر المحاباة وهذا فاسد لأنها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعاً .

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فإذا انضمت اليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل للملك عن مالكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كأخذ دينه .

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، ولانه مال يملكه قهراً فملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجردهما لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولو جب أنه اذا كان له شفعان فطلب الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه ، اذا ثبت هذا فإنه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له

والأخذ قهراً لا خيار له أيضاً ، كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع ، وإن كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه يبيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع ، وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ، ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب .

فصل : وإذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وإن كان في يد البائع أخذه منه وكان كأخذه من المشتري ، هذا قياس المذهب ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ، ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمائنه ، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد ، فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي : ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض ، فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة .

(فصل)

إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان : أحدهما : للشفيع الأخذ بالشفعة ، وهو قول أبي حنيفة والمزني

والثاني : ليس له الأخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله ، وهو قول مالك وابن شريح ، لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ، ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري ، وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ، ووجه الأول أن البائع أقر بحقين : حق للشفيع وحق للمشتري ، فإذا سقط حق المشتري بإذكاره ثبت حق الشفيع : كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ، ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار : والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله ، كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري ، وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه ، وتكون العهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن ، وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمائم العهدة ،

وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فإن قيل : أليس لو ادعى على رجل ديننا فقال آخر أنا أدفع اليك الدين الذى تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله ، فهل لا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا فى الدين عليه منة فى قبوله من غير غريمه ، وههنا بخلافه ولأن البائع يدعى أن الثمن الذى يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضا عن هذا المبيع فصار كالثائب عن المشتري فى دفع الثمن ، والبائع كالثائب عنه فى دفع الشقص بخلاف الدين ، فإن كان البائع مقرا بقبض الثمن من المشتري بقی الثمن الذى على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري ، والمشتري يقول لا أستحقه ، فقيه ثلاثة أوجه . أحدها أن يقال للمشتري إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه .

والثانى يأخذه الحاكم عنده

والثالث يبقى فى ذمة الشفيع ، وفى جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع اليه لأنه لا أحدهما ، وإن تداعيا جميعا فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئا فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ، ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعيا هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمنا ، إنما يستحقه على المشتري ، وقد أقر بالقبض منه ، وأما المشتري فإنه يدعيه ، وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه .

« مسألة ، قال (ومن لم يطالب بالشفعة فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له »

الصحيح فى المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب فقال : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتى والاوزاعى وأبى حنيفة والعضدى والشافعى فى أحد قوايه . وحكى عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخى لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبه بقسمه ونحو ذلك . وهذا قول مالك وقول الشافعى ، إلا أن مالكا قال تنقطع بمضى سنه ، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته .

وحكى عن ابن أبي ايلي والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعي ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار والله أعلم .
وانا ماروي ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال : قال رسول الله (ص) : الشفعة كحل العقال — وفي لفظ أنه قال — الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها . . وروى عن النبي (ص) أنه قال : الشفعة لمن واثبها ، رواه الفقهاء في كتبهم لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعقار خشيته أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها ، والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب .
وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبي حنيفة ، فتي طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة ، وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد ، وظاهر كلام الحرق أنه لا يتقدر بالمجلس ، بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى ، وما ذكره يبطل بخيار الرد بالعيب .

فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته ، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلا فيؤخره إلى الصبح أو أشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالمصلاة وسننها أو ليشهدا في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضرا عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه ، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لأنه طلب بحكم العادة . وإذا فرع من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري ، فإذا

لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة، وقد جاء في حديثه من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه، ثم يطالب، وإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفيعته، لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملة الدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه، لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى، وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفيعته لما قدمنا.

(فصل) فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلب شفيعته سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا يقبل، لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه. وإن قال لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته : كرجلين عدلين بطلت شفيعته، لأن قولهما حجة تثبت بها الحقوق، وإن كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي، لم تبطل شفيعته.

وحكى عن أبي يوسف أنها تسقط لأنه خبر يعمل به في الشرع في الإذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون، وإن أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفيعته، ويحتمل أن لا تسقط، ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر، لأن الواحد لا تقوم به البيعة

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية، وفارق الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة في ذلك كالرجل والعبد كالحرة. وقال القاضي هما كالفاسق والصبي، وهذا مذهب الشافعي لأن قولهما لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة، فاستوى فيه الرجل والمرأة، والعبد والحرة كالرواية والاخبار الدينية، والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص، وهذا مما عداها فأشبهه الحر.

(فصل) إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك، إلا أنه قال بعد أن يخلف ما سلبت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير

وقال ابن أبي ليلى : لا شفعة له لانه سلم ورضى
ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون
معه الكثير فلم تسقط بذلك ، كما لو تركها لعدم العلم ، وكذلك ان أظهر أن المبيع
سهام قليلة فبانت كثيرة ، أو أظهر أنها تبايعا بدنانير فبان أنها دراهم ، أو بدراهم
فبانت ، دنانير : وبهذا قال الشافعي وزفر . وقال أبو حنيفة وصاحبه : إن كانت
قيمتها سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان فأشبهها الثياب والحيوان . ولانه قد تملك بالنقد الذي وقع به
البيع دون ما أظهره فتركه لعدم ملكه له . وكذلك ان أظهر أنه اشتراه بنقد فبان
أنه اشتراه بعرض ، أو بعرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره
أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه
له أو أنه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لانه قد يرضى شركة انسان دون
غيره ، وقد يحابي انسانا أو يخافه فيترك لذلك . وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل
بشمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو أنه اشترى نصفه بشمن فبان أنه اشترى
جميعه بنصفه ، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو أنه
اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك ، لانه قد
يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته ، كما لو
أظهر أنه اشتراه بشمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشتراه بشمن فبان أنه
اشتراه بأكثر ، أو أنه اشترى الكل بشمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت
شفعته لان الضرر فيما أبطنه أكثر ، فإذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره
فالكثير أولى .

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال انما تركت المطالبة
لاطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت
شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا على
حضور البلد الذي هو فيه ، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع
سقطت شفعته لانها خيار على الفور فإذا أخره نسيانا بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت
المعتقة زوجها من وطئها نسيانا . ويحتمل ان لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبه

ما لو تركها لعدم علمه بها ، وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب .
 (فصل) وإذا قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفيعته
 لانه يدل على رضاه بشرائه وتركه للشفعة ، وان قال صالحني على مال سقطت أيضا
 وقال الناضي لا تسقط لانه لم يرض بإسقاطها وانما رضى بالمعاوضة عنها ولم تثبت
 المعاوضة فبقيت الشفعة .

وانما أنه رضى بتركها وطلب عوضها فيثبت الترك المرضى به ولم يثبت العوض
 كما لو قال بعني فلم يبعه ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها
 أولى ؛ ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فإن صالحه عنها بعوض لم يصح ، وبه قال
 أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ
 العوض عنه كتمليك امرأة أمرها .

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يحز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل
 ما قاله بخيار الشرط ، وأما الخلاف فهو معاوضة عما ما ملكه بعوض وههنا بخلافه
 (فصل) وإن قال أخذ نصف الشقص سقطت شفيعته ، وبهذا قال محمد بن الحسن
 وبعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه ببعضها طلب بجميعها
 لكونها لا تتبع ولا يجوز أخذ بعضها .

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لانها لا تتبع ولا يصح
 ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها ومالا يتبع لا يثبت حتى يثبت
 السبب في جميعه كالنكاح ، ويخالف السقوط فإن الجميع يسقط بوجود السبب في
 بعضه كالطلاق والعناق .

(فصل) وان أخذ الشقص بضمن مغضوب ففيه وجهان .

أحدهما : لا تسقط شفيعته لانه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فإذا
 عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن
 أو كما لو اشترى شيئا آخر ونقد فيه ثمنا مغضوبا .

والثاني : تسقط شفيعته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له وإعراض
 عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها .

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالما بذلك سقطت شفيعته لانه

لم يبق له ملك يستحق به ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه فقيه وجهان .

أحدهما : تسقط أيضا لأنها استحققت بجميعه فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تتبع بعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عني عن بعضها .

والثاني : لا تسقط لأنه ندبى من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقى وللشترى الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسألة الأولى ، وفي الثانية إذا قلنا تسقط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع وإن قلنا . لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول ، وهل للشترى الأول شفعة على المشتري الثاني ؟ فيه وجهان .

أحدهما : له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده .

والثاني : لا شفعة له : لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد فعلى هذا للشترى الأول الشفعة على المشتري الثاني . سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين ، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضي : تسقط شفيعته أيضا لما ذكرناه ، ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معييا فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب : لا تسقط شفيعته لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والأصل ببقاؤها فتبقى : وفارق ما إذا علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها ، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الأول فإن عني عنه فللمشتري الأول أخذ الشقص من المشتري الثاني ، وإن أخذ منه فهل للمشتري الأول الأخذ من الثاني ؟ على وجهين .

« مسألة ، قال (ومن كان غائباً وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وإن طالت غيبته) »

وجملة ذلك : أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء ، وبه قال مالك والليث والثوري والأوزاعي والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي ، وروى عن النخعي : ليس للغائب شفعة ، وبه قال الحارث العكلي والبتي إلا للغائب القريب . إثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختباره خوفاً من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي .

وانا عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بإيجاب القيمة له كما في الصورة المذكورة .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحقق والا بطلت شفعته وحكم المريض والمحجوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا .

« مسألة ، قال (وإن علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له) »

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الإشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة إذا بلغه أشهد وإلا فليس له شيء وهو وجه للشافعي ، والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك . فقبل قوله فيه .

ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كترك

الطلب مع حضوره ، وقال القاضى : ان سار عقيب علمه الى البلد الذى فيه المشتري من غير اشهاد ، احتمال أن لا تبطل شفيعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الراى والعنبرى وقول للشافعى .

وقال أصحاب الراى : له من الاجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفيعته ، وقال العنبرى له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره فى ترك الطلب ظاهر فلم يحتاج معه الى الشهادة .

وقد ذكرنا وجه قول الخرقي : ولا خلاف فى أنه اذا عجز عن الإشهاد فى سفره أن شفيعته لا تسقط لأنه معذور فى تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الإشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة ، وان كان لغير عذر سقطت لأن الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب ، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق وترك الاشهاد لم تسقط شفيعته بتركه لأن قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالاطفال والمجانين .

وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفيعته لا تبطل لأن اشهاد لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فإن لم يجد الا مستورى الحال فلم يشهدهما ، احتمال أن تبطل شفيعته لأن شهادتهما يمكن اثباتها بالتركية فأشبهها العدلين .

ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج فى اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدهما لم تبطل شفيعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لأنه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الاشهاد ، وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشبهه أو ترك اشهاده .

(فصل) اذا أشهد على المطالبة ثم آخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الخرقي أن الشفيعه بحالها ، وقال القاضى : تبطل شفيعته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فى طلبها ، فلم يفعل بطلت أيضاً لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كالمشترى لم يشهد ، وهذا مذهب الشافعى الا أن لهم فيما اذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين .

أحدهما لا تسقط شفعته ، لان له غرضا بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذورا .

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا التزامه كفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته ، والتوكيل ان كان يجعل لزمه غرم وان كان بغير جعل لزمته منه ويخاف الضرر من جهته فاكتمنى بالإشهاد ، فأما ان ترك السفر لعجزه عنه أو اضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لانه معذور فأشبهه من لم يعلم وان لم يقدر على الاشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لانه تارك للطلب بها مع امكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً .

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والالام القليل فهو كالصحيح وان كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهها فهو كالفائب في الاشهاد والتوكيل ، وأما المحبوس فإن كان محبوساً ظلماً أو بدين لا يمكنه أدائه فهو كالمريض فإن كان محبوساً بحق يلزمه أدائه وهو قادر عليه فهو كالمطلق ان لم يادر الى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لانه تركها مع القدرة عليها .

مسألة ، قال (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الاول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجملة ذلك : أن المشتري اذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفعين أو قبل عليه فتصرفه صحيح لانه ملكه وصح قبضه له ولم يبق الا ان الشفعين ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً لم يمنع التصرف في الآخر . والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب بمن له الرجوع فيه ، فمضى تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري ، وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري

الثاني لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منها ، وإن تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالمبيع الأول وينفسخ العقدان الآخران : وله أن يأخذه بالثاني وينفسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذه بالثالث ، ولا ينفسخ شيء من العقود : فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به ، وإن أخذ من الثاني الثمن دفع إليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لأنه أخذه منه .

وإن أخذ بالمبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ، ورجع الثاني على الأول بما أعطاه فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالمبيع الأول دفع إلى الأول عشرة : وأخذ الثاني من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين ، لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه . ولا نعلم في هذا خلافا . وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي . وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وإن كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سذكروه إن شاء الله تعالى

فصل في تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن

وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً ، فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به . وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما ، فإن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ، ولأن حق الشفيع أسبق وجنبة أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه . ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير ، كما لو وقف المريض أملاً له وعليه دين ، فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق كالوقف أولى

وقال القاضي : المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد إسقاط

الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة . وحكى ذلك عن الماسرجسى فى الوقف .
 لأن الشفعة انما تثبت فى المملوك . وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً . وقال ابن
 أبى موسى : من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ، ولأن
 فى الشفعة ههنا اضراراً بالموهوب له والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول عنه بغير
 عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع . فإنه اذا فسخ البيع الثانى رجع
 المشتري الثانى بالثمن الذى أخذ منه فلا يلحقه ضرر . ولأن ثبوت الشفعة ههنا
 يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك . فإذا قلنا بسقوط الشفعة
 فلا كلام . وان قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو فى يده ويفسخ عقده
 ويدفع الثمن الى المشتري . وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه
 ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول : ولو لم يكن
 وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصل)

فإن جعله صداقاً أو عوضاً فى خلع أو صلح عن دم عمد انبنى ذلك على
 الوجهين فى الاخذ بالشفعة ، فإن قابل البائع المشتري أو رده عليه بعيب فللشفيع
 فسخ الإقالة والرد والاخذ بالشفعة ، لأن حقه سابق عليها ولا يمكنه الاخذ معها
 وان تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع
 لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذى حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة
 بذلك . فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك ، وله أن يبطل
 فسخهما ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وان اشترى شقصاً بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله رد
 العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع ، لأن فى تقديم حق الشفيع
 اضراراً بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذى استحقه ، والشفعة لا تثبت لإزالة
 الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر ، فان الضرر لا يزال بالضرر ، وقال
 أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين يقدم حق الشفيع ، لأن حقه أسبق فوجب
 تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً فردّه

ولنا أن فى الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق ، لانه استند الى وجود

العيب وهو موجود حال البيع ، والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي
الشفعة إبطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشقص معيبا ، فإن حق المشتري إنما
هو في استرجاع الثمن ، وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد . وفي مسألتنا
حق البائع في استرجاع الشقص ، ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة فافتراقا ، فإن
لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع
المبيع ، لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري
لأجنبي فإن الشفعة بيع في الحقيقة : ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة
التلف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان ؟ فيه وجهان .

أحدهما لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، وهو
قيمة العبد صحيحا لا عيب فيه ، بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ، ويحتمل
أن يأخذه بقيمته معيبا ، لأنه إنما أعطى عبدا معيبا فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى .
والثاني يتراجعان ، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد ،
والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص ، فإذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه
أكثر يرجع بالفضل على صاحبه ، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم
يرجع المشتري على الشفيع بشيء ، لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب ، وإن
أدى قيمته معيبا يرجع المشتري عليه بما أدى من أرشه ، وإن عفا عنه ولم يأخذ
أرشا لم يرجع الشفيع عليه بشيء ، لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه
فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن عاد الشقص إلى المشتري
بيعه أو هبة أو إرث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الأول ، لأن ملك
المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى القيمة ، فإذا أخذها لم يبق له
حق بخلاف ما لو غصب شيئا لم يقدر على رده فأدى قيمته ، ثم قدر عليه فإنه يردده
لأن ملك المغصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع
وبطلت الشفعة ، لأنه تعذر التسليم فتعذر إمضاء العقد فلم تثبت الشفعة ، كما لو
فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الأقاله والرد بالعيب ، وإن كان الشفيع قد أخذ

الشقص فهو كما لو أخذه في المسألة التي قبلها ، لأن المشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه ، فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

فصل

وان اشترى شقصا بعد أو ثمن معين فخرج مستحقا فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري ، وهو العقد الصحيح . فأما الباطل فوجوده كعدمه ، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك الا بينة أو إقرار من الشفيع والمتبايعين ، فإن أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الأخذ بالشفعة ويرد العبد على صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص .

وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعى عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن . وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء ، لأن البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر . وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين . فأما ان اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم نقد الثمن فإن مستحقا كانت الشفعة واجبة ، لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لإعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع ، لأن الأخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنه فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى (فصل) وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضى بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري ، فقال البائع للشفيع أقلنى فأقاله لم تصح الإقالة ، لأنها تصح بين المتبايعين ، وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري ، فإن باعه إياه صح البيع لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

مسألة ، قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجه ذلك أنه إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة

الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي . وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له . وروى ذلك عن النخعي والحارث العكلي لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الأضرار بالمشتري وليس للمولى الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ

ولنا عموم الأحاديث ، ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب . قولهم لا يمكن الأخذ غير صحيح ، فإن المولى يأخذ بها كما يرد المعيب ، وقولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب ، فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ، ولأن في الأخذ تحصيلًا للملك للصبي ونظرًا له ، وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ، ولأن العفو إسقاط لحقه والأخذ استيفاء له ، ولا يلزم من ملك المولى استيفاء حق المولى عليه ملك إسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه ، وإن لم يأخذ المولى انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب ، وما ذكرناه من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب .

إذا ثبت هذا فإن ظاهر قول الحرق أن للصغير إذا كبر الأخذ بها ، سواء عفا عنها المولى أو لم يعف ، وسواء كان الحظ في الأخذ بها أو في تركها ؛ وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة إذا بلغ فاختار ولم يفرق : وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن ، وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه ، لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها ، سواء كان الحظ فيها أو لم يكن ، فلم يسقط بترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها . وقال أبو عبد الله بن حامد : إن تركها المولى لحظ الصبي أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأن المولى فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي فصح كالأخذ مع الحظ وإن تركها لغير ذلك لم تسقط . وقال أبو حنيفة : تسقط بعفو المولى عنها في الحالين ، لأن من ملك الأخذ بها ملك العفو عنها كالمالك وخالفه أصحابه في هذا لأنه أسقط حقًا للمولى عليه لا حظ له في إسقاطه فلم يصح كالإبراء وإسقاط خيار الرد بالعيب ، ولا يصح قياس المولى على المالك لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه بخلاف المولى

فصل

فأما الولي فإن كان للصبي حظ في الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بضمن المثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة لأن عليه الاحتياط له والأخذ بما فيه الحظ فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي : وقال الأوزاعي ليس للولي الأخذ بها لأنه لا يملك العفو عنها فلا يملك الأخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر ، ولا يصح هذا لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب ، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى فإن تركها الولي مع الحظ فللصبي الأخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لأنه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبهه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ في شرائه وإن كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الأخذ لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه فإن أخذ فهل يصح ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لأنه اشترى له ما لا يملك شراؤه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيباً يعلم عيبه ، ولا يملك الولي المبيع لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح فأشبهه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فإنه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما . كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي

والرواية الثانية : يصح الأخذ للصبي لأنه يشتري له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيباً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشفعة الذي يشتريه بزوال الشركة أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع .

(فصل) وإذا باع وصي الأيتام فباع لأحدهم نصيباً في شركة آخر كان له الأخذ للآخر بالشفعة لأنه كالشراء له وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن

له الاخذ لانه متهم في بيعه ولانه بمنزله من يشتري لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة إذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقته ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به فاذا رفع الامر إلى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة ، وإن كان مكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بغير الوصية وإذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر .

(فصل) وإذا عفا ولي الصبي عن شفيعته التي له فيها حظ نعم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيرها حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم فأما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها إذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبهه ما لو عفا الكبير عن شفيعته .

(فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفیه لذلك ، وأما المغنى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر افاقته ، وأما المفلس فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم

بماله فأشبهه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لأنه مال له فأشبهه ما لو اكتسبه ، وأما المكاتب فله الأخذ والترك وليس لسيد العبد الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من العبد فله الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء وإن عفا عنها لم ينفذ عفو له لأن الملك لسيد العبد ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وإن أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ لأن للسيد الحجر عليه ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط بإسقاطه .

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها فإن تركها فرب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له وإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شفيعه ولا يرجع في المال فله الأخذ بها لأن الملك لغيره وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لأنه منهم فأشبهه شراؤه من نفسه .

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم ولأننا إن قلنا هو غير مملوك فالوقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلاق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه .

« مسألة ، قال (وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بناءه إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر) »

وجملته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في النقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفع من الأخذ بها فتركها ويقاسمه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان للمشتري قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الحرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر بحجرة غيره لاخراج دينار منها ، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما هو في ملك الشفع فأما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكرناه فان لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتى وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلاع ولا شيء له لانه بنى فيها استحق غيره أخذه فأشبه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير اذنه فأشبه ما لو بانت مستحقة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها الا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي تملك يبعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا ، وفارق ما قاسوا عليه فإنه بنى في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسألتنا فانه غير ظالم فيكون له حق .

إذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا لملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه

قد يكون مما لا قيمة له اذا قلعه ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوّم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري ان أحب أو ما ننص منه ان اختار الباع لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء ، مستحقاً للترك بالاجرة أو لأخذه بالقيمة اذا امتنع من قلعه فان كان للغرس وقت يتلخ فيه فيكون له قيمة وان قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضى باحتماله ، وان غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذ الشفيع فالحكم في أخذه نصيبه من ذلك كالحكم في أخذه جميعه بعد المناسبة .

(فصل) وان زرع في الارض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري الى أو ان الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا أجرة عليه لانه زرعه في ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع ، وان كان في الشجر ثم ظهر أثر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجذاذ كالزراع ،

(فصل) واذا نمت المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يكون نماء متصلاً كالشجر اذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لان هذه زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو رد بعيب أو خيار أو اقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً اذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا : لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة اذا فاته الرجوع بالعين ، وفي مسألتنا اذا لم يرجع في الشئ سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لأجل ما حدث من البائع ، واذا أخذ الاصل تبعه نماءه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها .

الحال الثاني : أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والظلم المؤبر والثرثرة الظاهرة فهي للمشتري لا حق للشفيع فيها لانها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبنية في رموس النخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون

حكمه حكم ما لو اشترى برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون اثمرة ، وبأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصا وسيفاً .

(فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه ، لأنه ملكه تلف في يده ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كمنقصه للبناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم ، ثم إن كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء ، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم ، وهذا قول الثوري والعنبري وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كأنهدم البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك ، وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه إضراراً به والضرر لا يزال بالضرر . ولنا أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواء أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا يأخذ الانقاض ، وإن كانت منفصلة ، لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا تأبرت فإن مآلها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو الترك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ؛ ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

« مسألة ، قال (وان كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وان كان عرضا أعطاه قيمته)

وجملته : أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روى في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « هو أحق بالثمن ، رواه أبو إسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشتري .

فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكة فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا : المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بية أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع إذا ثبت هذا : فانا ننظر في الثمن فإن كان دفائير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله وان كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكى عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا ؛ لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن .

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكروه لا يصح : لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبديل المتلف فاما إن كان الثمن من المثليات غير الأثمان كالحبوب والأدهان ، فقال أصحابنا يأخذه الشفيع بمثله ، لأنه من ذوات الامثال فهو كالأثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي : ولأن هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداهما ، ولأن الواجب بدل الثمن فكان مثله كبديل القرض والمتلف . (فصل) ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تباعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغير في حق الشفيع ، لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما

فيه كما لو كان في حال العقد ، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة ، والنقص إبراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة ، وإن كانا عنده يلحقان بالعقد ، لأن الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص ، وقال مالك أن بقي ما يكون ثمناً أخذ به ، وإن حط إلا أكثر أخذه بجميع الثمن الأول . ولنا أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ، ولأن الشفيع استحق الأخذ بالثمن الأول قبل التغير فلم يؤثر التغير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وما ذكروه من العذر غير صحيح ، لأن ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وإن أضر به كالزيادة في مدة الخيار لأنه حط بعد لزوم العقد ، فأشبه حط الجميع أو إلا أكثر عند مالك .

فصل

وإن كان الثمن مما تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وإن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لأنه حين استحقاق الشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح ، لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري .

(فصل) وإذا كان الثمن مؤجلاً أخذه الشفيع بذلك الأجل إن كان مليئاً وإلا أقام ضمينا مليئاً وأخذ ، وبه قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالتدحالا ، وقال أبو حنيفة : لا يأخذها إلا بضمن حال أو ينتظر مضي الأجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة ، لأنه لا يمكنه الأخذ بالمؤجل لأنه يفضى إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع ، والذمم لا تتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلعة بمثل الثمن إلى الأجل لأنه إنما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدة. منها فلم يبق إلا التخيير .

ولنا أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته
ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر ، وما ذكروه
من اختلاف الذمم فإننا لانوجبها حتى توجد الملاءمة في الشفيع أو في ضمينه بحيث
ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بسلمه
وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما ، ومتى أحذنه الشفيع بالاجل فمات الشفيع
أو المشتري ، وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه ،
لأن سبب حلو له الموت فاحتص بمن وجد في حقه .

(فصل)

وإذا باع شقصا مشفوعا ومعه ما لا شفعه فيه كالسيف والثوب في عقد واحد
ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما
ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذ الشفيع ، وبهذا قال
أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة لئلا تتبع صفقة المشتري
وفي ذلك إضرار به ، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص ، وقال مالك :
ثبتت الشفعة فيهما لذلك .

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة
كما لو أفردته وما يلحق المشتري من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه في العقد بين
ما ثبت فيه الشفعة وما لا ثبت ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضا لأنه
ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ففى أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه
(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك
في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين
وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز وأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من
الثمن ، ويخرج أنه لا شفعة له كالمسألة التي قبلها وليس له أخذهما معا لأن أحدهما
لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف ، وإن
كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما لأنه شريك فيهما ، وإن أحب أخذ
أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي .

ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه

أخذ المبيع كله فلم يملك أخذه بعضه كما لو كان شقصا واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي .

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب — إذا كان شريكين فترك أحدهما شفيعته — أن يكون للآخر أخذ الكل والأمر بخلافه .

فصل في

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يتقبض الثمن فإن كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال ، قال أحمد في رواية حرب: ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك .

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة ، فإن أحضر الثمن وإلا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يأخذ بالشفعة ولا يقضى القاضى بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لإحضار عوضه كتسليم المبيع .

ولنا أنه تملك المبيع بعوض فلا يقف على إحضار العوض كالبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله : وكون الأخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها وإلا فسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ ، والأولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فاق شرط الأخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ولأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع كالرد بالعيب ، ولأن وقف ذلك على الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور

مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد إحضار اثنين، لئلا يفضي إلى هذا الضرر وإن أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري .

(فصل)

لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط . قال أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد ، وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال : لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم . وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني . وقال عبد الله بن عمر : من يخدع الله يخدعه وقال أيوب السخيتاني : انهم ليخادعون الله كما يخادعون صيياً ، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل على

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه ، مثل أن يشتري شقصاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة ألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف ، أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقية ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا ، فهذا كله إذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة .

وإن تحيلاً به على إسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم ، وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع ، وفي الرابعة بالباقي بعد الإبراء وهو المائة المقبوضة وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشتري به جزءاً من الشقص . وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المجهول

ثمها يأخذه بمثل الثمن أو بقيمته ان لم يكن مثلها اذا كان الثمن موجوداً . وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص ؛ لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأي والشافعي : يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يحز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرساً بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقهار » ، وان آمن أن يسبق فهو قمار ، رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قماراً في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلاً مع عدم معنى المحلل فيه ، وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيها وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله اليهود ، ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » ، متفق عليه . ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة ، وقد مسح الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم ، فإنه روى أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ، ومنهم من يحفر جباباً ويرسل الماء اليها يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون : ما اصدنا يوم السبت شيئاً ، فسخمهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، أى لتعظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولان الحيلة خديعة . وقد قال النبي (ص) « لا تحل الخديعة لمسلم » ، ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر ، فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه ، لانه أعلم بنية وجاله .

إذا ثبت هذا فإن الغرر في الصورتين الأوليين على المشتري انرائه ما يساوى عشرة بمائة ، وما يساوى مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه أن عليه ألفاً فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الغرر على البائع لأنه اشترى عبداً يساوى مائة بألف ، وفي الرابعة على المشتري لأنه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف وكذلك في الخامسة لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادى منها بالهبة لأنه قد لا يهب له الآخر شيئاً . فإن خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهر اه لزمه في ظاهر الحكم لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الاخذ : بخلاف ما تواطأ عليه لأن صاحبه انما رضى بالعقد للتواطؤ فمعه فواته لا يتحقق الرضى به . مسألة ، قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجملته أن الشفيع والمشتري اذا اختلفا في الثمن ، فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ، ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة . وبهذا قال الشافعى . فإن قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لأنه غارم ومنكر للزيادة ، فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه اذا أعتق ؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه ، وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فأما ان كان للشفيع بينة حكم بها . وكذلك ان كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن بينته ويثبت ذلك بشاهد ويمين ، وشهادة رجل وامرأتين ؛ ولا تقبل شهادة البائع لأنه اذا شهد للشفيع كان متهماً ، لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدرك عليه ، وان أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضها ، لانها يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما .

وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ، ويقتضيه مذهب الحنفى ، لأن بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل والشفيع هو الخارج ؛ وهذا قول أبى حنيفة وقال صاحباه البينة بينة المشتري لانها ترجع بقول المشتري فانه مقدم على قول

الشفيع ، ويخالف الخارج والداخل لان بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة الى يده ، وفي مسألتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع .
ولنا أنها بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ، ويحتمل أن يقرع بينهما لانهما يتنازعا في العقد ولا يد لهما عليه نصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما .

(فصل)

وان قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله لان ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسي مبلغه ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعة لانها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه ، فان ادعى أنك فعلت ذلك تحبلا على اسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

(فصل) فان اشترى شقصا بعرض واحتلفا في قيمته ، فان كان موجودا عرضاه على المقومين . وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو احتلفا في قدر الثمن . وان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه ، وان احتلفا في الغراس والبناء في الشقص ، فقال المشتري أنا أحدثه وأنكر الشفيع فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك .

(فصل) اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه ، فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وان أنكر وقال إنما اتهمته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فان حلف برى . وان نكل قضى عليه وان قال لا تستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الإنكار ، واذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن ، فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه فقيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يقر في يد الشفيع الى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها .

والثاني : أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع إليه .

والثالث : يقال له إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتبه فادعى أنه حرام ، اختار هذا القاضي وهذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطلب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف إبراء بما لا يدعيه والوجه الأول أولى إن شاء الله تعالى .

(فصل) وان قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ؛ وان قال هذا ملكي ولم أشتريه انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة ، وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم لأننا لو وقفنا الأمر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك إسقاط الشفعة لأن كل مشتر يدعى أنه لغائب ، وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية فقيه وجهان :

أحدهما : لا تثبت الشفعة لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة بإقرار الولي عليه لأنه إيجاب حق في مال صغير بإقرار وليه .

الثاني : تثبت لأنه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب في مبيعته ، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا أن تثبت بيينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبها بها لأن الملك يثبت لهما بإقراره به بإقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما اذا قر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا ، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبتنا .

(فصل) واذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فالشفيع أخذه بالشفعة

لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يديه ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان : أحدهما : ليس له أخذه لأن هذا اقرار على غيره . ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه أنك بعث نصيب الغائب بإذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فأنكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص وبطالب بأجره من شاء منها ويستقر الضمان على الشفيع لأن المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فأنكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعى بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء هنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمنا ، فان لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمل أن يقضى عليه لأنه لو أقر لقضى عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده .

(فصل) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع إقامة البينة أنه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي . وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لان الظاهر من اليد الملك . ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت وبمجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده ، فان ادعى أن المدعى يعلم أنه شريك فعلى المشتري البين أنه لا يعلم ذلك لانها بين على نفي فعل الغير ، فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه .

(فصل) اذا ادعى على شريك أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد تثبت ويقال له اما ان تدفعه وتأخذ البئن واما أن ترده الى البائع فياخذه الشفيع منها لأنها شهدا بالملك لعمرو فكانت شهدا بالبائع .

ولنا أنها لم ينهدا بالبيع وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لأنه إقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة ما لو حلف أنى ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له : أنا بعتة إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والانعقاص في يده فأنكر المشتري الشراء لأن الذى في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لا شيء في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا .

(فصل وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتهما ؟ فإن قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما ملكى سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضنا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا الى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثانى على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا وإن ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه .

(فصل) إذا اختلف المتبايعان فى الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان ، وقال المشتري هو ألف فاقام البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري وللشفيع أخذه بالألف لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعى أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لأن الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم .

ولنا أن المشتري مقر بأن هذه اليينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وإنما حكم بها للبائع لأنه لا يكذبها ، فإن قال المشتري صدقت اليينة وكنت أنا كاذبا أو ناسيا فقيه وجهان .

أحدهما : لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمى غيره فاشبه ما لو أقر له بدين .

والثاني : يقبل قوله ، وقال القاضى هو قياس المذهب عندى كما لو أخبر فى المراجعة بضمن ثم قال غلطت والثن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وان لم تكن للبائع بينة فتحالفا فلاشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان البائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك ولانه يفضى الى إلزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فان رضى المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثن الذى حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال ، فإن عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالثن الذى حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة .

(فصل)

وان اشترى شقصا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفو عن شفيعته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعا وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للثمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم الثمة ويحلف المشتري مع شهادته ، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ، وان كانت الدعوى على الشفيعين معا فخلفا ثبتت الشفعة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا فى الحالف فان صدق شريكه فى الشفعة فى أنه لم يعف لم يحتج الى يمين وكانت الشفعة بينهما ، لان الحق له فان الشفعة تتوفر عليه اذا سقطت شفعة شريكه ، وان ادعى أنه عفا فنكل قضى له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين ، وان شهد أجنبى بعفو أحد الشفيعين واحتج الى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة ، وان كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة ، وان كانوا ثلاثة شفعا وشهد اثنان منهم على الثالث

بالعفو بعد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي ، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وإن كان قبله فقيه وجهان .
أحدهما : تقبل لأنهما سواء عنده .

الثاني : لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع ، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعه لم تقبل لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كدبره . ولأن ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لأنه إن عجز صار له وإن لم يعجز سهل عليه الوفاء له ، وإن شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لأنه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده .

مسألة ، قال (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشافعي وبه قال ابن أبي إيلي وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سرابة العتق .

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة ، ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجدة والجدة مع الأخوة وبالفرسان مع الرجال في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم ، وفارق الأعيان لأنه اتلاف والاتلاف يستوى فيه القليل والكثير كالنجاسة تلتقي في مائع .

وأما البنون فإنهم تساووا في التسبب وهو البتوة فتساووا في الارث بها فنظيره في مسألتنا تساوى الشفعاء في سهامهم ، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلهم فنأخذ منها سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد سواء ، ففي هذه المسألة التي ذكر الخرقى مخرج سهام الشركاء ستة فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه .

وان باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه ، وان باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمسه وعلى الرواية الأخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال ، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس ، وان باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث ، وان باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم .

(فصل)

ولو ورث أخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم ان أخاه أحق بالشفعة ، وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لا شترا كهما في سبب الملك .

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل ، وما ذكروه لا أصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها ، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما ؟ على روايتين .

وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابنه نصفها الآخر أو ورثاه

أو اتباه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه ، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء ، وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء ، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضاً فمات أحدهم عن ابنتين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه ، ولو خلف ابنتين وأوصى بثلثه لاثنتين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنتين فالشفعة بين شركائه كلهم ، ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

(فصل)

وان كان المشتري شريكاً فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي : وحكى عن الحسن والشعبي والبقى لا شفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه ، وحكى ابن الصباع عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه .

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع ، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح ، لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضاً لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق الغير به ، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسببه ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهناً ما تعلق به :

إذا ثبت هذا فإن شريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو ، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشتري لأن ملكه استقر على قدر حقه فجنى مجرى الشفيعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ، وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك ، فإن قال الأول خذ

الكل أو دع فإني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك ، فان قيل هذا تبعض للصفقة على المشتري قلنا هذا التبعض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضي منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصا وسيفا .

« مسألة ، قال (فان ترك أحدهما شفعتي لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك) »

« جملة : أنه إذا كان الشقص بين شفعا فترك بعضهم فليس للباقي إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري بتبعض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة وموثة القسمة فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت ، ولو كان الشفيع واحدا لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك ، فان فعل سقطت شفعتي لأنها لا تتبع فذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح . لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص .

(فصل)

فان كان الشفعا غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ إلا الكل أو يترك لانا لا نعلم اليوم مطالبا سواه ولأن في أخذه البعض تبعضا للصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه لأن في التأخير إضرارا بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه إن شاء أو عفا فيبقى للأول لأن المطالبة إنما وجدت منهما ، فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما إن أحب أو عفا فيبقى للأولين

فإن نوى الشقص في يد الأول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثاني فنمى في يده نماء منفصلا

لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فالعبرة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فإن الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لأن الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال أخذ قدر حتى ففيه وجهان .

أحدهما : يبطل حقه ، لأنه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد .
والثاني : لا يبطل لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه ، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثمنه كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه ، فإن ترك الاول شفيعته توفرت الشفعة على صاحبيه فإذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول فان أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لأنه لم يعف وإنما رد نصيبه لأجل العيب فأشبه ما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة .

وانا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع الى المشتري بالسبب الاول فكان اشريكه أخذه كما لو عفا ، ويفارق عوده بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة .

(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه ، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع .

فان قيل : فكيف تصح القسمة وشريكتها الثالث غائب ؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفيعته .

فان قيل : فكيف تصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا : ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع إبطاله كذا ههنا .

إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه قدر ما يستحقه ثم إن قضى له القاضى على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا ، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر .

(فصل)

إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل أقتصر على قدر نصيبى وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقتسمانه نصفين فتصح خمسة الشقص من ثمانية عشر سهما لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثلاثين وهى ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين فى تسعة تكن ثمانية عشر للثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكيه سبعة ، وإنما كان كذلك لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه فى الشفعة فللأول والثالث أن يقولوا نحن سواء فى الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فجمع ما معنا فنقسمه فيسكون على ما ذكرنا ، وإن قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا فى التى قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه إلى ثلاثة الأرباع وهى تسعة يصير الجميع عشرة فيقتسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر .

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعى : وحكى عن القاضى أنه لا يملك ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ومالك أثلا تتبعض صفقة المشتري

وأما أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به فقد وبهذا ينفصل عما ذكرناه ، وإن اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه ، وقال فى الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض تتبعض صفقة البائع . ٢٠٠ - هـ

ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكروه لا نسله ، على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضا ، فإن باع اثنين من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها .

فصل

فإذا باع شقضا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ، وله أن يأخذ من أحدهم ، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث ، لأن عقد كل واحد منهما منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر ، كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة ، لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ، ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منها ، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته في شفيعته ، لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ، ويشاركه الأول في شفيعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني ، فهو شريك حال شرائه . ويحتمل أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها . وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففي مشاركتهما له وجهان . وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان :

أحدهما أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة .

والثاني يشاركه الثاني في شفعة الثالث ، وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث ، ولذلك استحق مشاركته إذا عفا عن شفيعته ، فكذلك إذا لم يعف ، لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الأول وللشفتري الأول أخذ نصيب المشتري الثاني وعلى هذا يشاركه الأول في شفعة الثاني والثالث جميعا ، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدسا فللشفيع

السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث ، وللمشتري الاول ربع
السدس الثاني وخميس الثالث ، وللمشتري الثاني خميس الثالث فتصح المسألة من
مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة .
وإن قلنا إن الشفعة على عدد الرءوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلاث
الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع
تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهران

(فصل)

دار بين أربعة أرباعا ، باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا
بعضهم ببعض . فللذي لم يبع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث
الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني على وجهين . وكذلك هل يستحق الثالث
الشفعة فيما باعه الاول ؟ والثاني : على وجهين . وهل يستحق مشتري الربع
الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث ؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث ؟ على
ثلاثة أوجه :

أحدها يستحقان ، لأنهما ما كان حال البيع . والثاني لا حق لهما لأن ملكهما
متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به . والثالث إن عفا عنهما أخذا والا فلا
فإذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لأن له شريكين ، فصار له الربع
مضموما الى ملكه فأكمل له النصف والبائع والمشتري الاول الثلث لكل واحد
منهما السدس لأنه شريك في شفعة يبع واحد ونصف من اثني عشر

(فصل) وإن باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقیته في صفقة
أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني ،
لأن لكل عقد حكم نفسه ، فإن أخذ الاول لم يشاركه في شفيعته أحد ، وإن أخذ
الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعته بنصيبه الاول ؟ فيه ثلاثة أوجه .

أحدها يشاركه فيها ، وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه شريك
وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا .

والثاني لا يشاركه لأن ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه .
والثالث إن عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وإن أخذ بهما جميعا لم يشاركه

وهذا مذهب الشافعي لانه إذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ ، فإن قلنا يشارك في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان :

أحدهما ثلثه . والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الأملاك أو عدد الرموس ، فإذا قلنا يشاركه فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه ، وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه . وإن باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما شرحناه ، ويستحق ما يستحقون ، وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

فصل

وإذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان :

أحدهما له ذلك : لأن المالك اثنان فيها يبعان ، فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو تولى العقد .

والثاني ليس له ذلك لأن الصفقة واحدة ، وفي أخذ أحدها تبعض الصفقة على المشتري فلم يحز كما لو كانا لرجل واحد : وإن وكل رجل رجلا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشتري الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لأنهما مشتريان فأشبه ما لو وليا العقد . والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها إن أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض صفقة المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد .

مسألة ، قال : (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعنى : أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وإن وجدته معيبا فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على

البائع لان الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالمالك من جهته فكانت عهده عليه

ولنا ان الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول الملك من المشتري الى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه يبيع ، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح ، لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع . وأما اذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به .

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري ، وان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ أرشه منه وليس للمشتري شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الارش ، لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد ، فإذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري . وان علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرش ، لأن الشفيع أخذه علما بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ، ولم يملك الارش لأنه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع ، كما لو اشترى قفيزين ف تلف أحدهما وأخذ الآخر ، فعلى هذا ما يأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرش ، لأن كل واحد منهما دخل على بصيره ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلمها فلا شفيع رده على المشتري

والمشتري رده على البائع ، فإن لم يرده الشفيع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أولاً ، وإن أخذ الشفيع أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع ، وإن لم يأخذ منه شيئاً فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه ؛ فإذا أخذه فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وإن أسقطه عن المشتري توفّر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره .

فأما إن اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء .

وفيه رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلّسه ، واشترط البراءة ؛ فعلى هذه الرواية إن علم الشفيع باشتراط البراءة فخكه حكم المشتري لأنه دخل على شرائه فصار كمشترئان اشترط البراءة ، وإن لم يعلم ذلك فخكه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفيع .

« مسألة ، قال (والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها)

وجملة ذلك : أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين .

أحدهما أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد : الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد إذا مات المقذوف ؛ والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس يجب إلا أن يشهد أنى على حق من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به .

وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي والعنبري . يورث . قال أبو الخطاب : ويتخرج لنا مثل ذلك ، لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث ، كخيار الرد بالعيب .

ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ، ولأنه نوع خيار جعل للتملك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لا استدراك جزءات من المبيع .

الحال الثاني : إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها ، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب مواريتهم لأنه حق مالى موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا الشفعة على قدر الأملاك أو على عدد الرموس لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم ، فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفيعته لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشترى وهذا ضرر فى حقه .

(فصل) وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها ، نص عليه أحمد ، لأن الأشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب .

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورثه العافى فله أخذ الشقص بها لأنه وارث للشفيع مطالب بالشفعة فملك الأخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمها وهى مينة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافى ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها .

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لأن الحق انتقل إلى الغرماء .

ولنا أنه بيع فى شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفيعته كغير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى الغرماء بل هى للورثة بدليل أنها لو نمت أو زادت ثمنها لحسب على الغرماء فى قضاء ديونهم : وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فإنه يستحق .

الشفعة به ، ولو كان للبيت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكا للوروث فبيع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضاً لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث فإذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه .

(فصل)

ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق من حق الموصى له فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية لأن الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كما لو تلف ولا يستحق الموصى له بدله لأنه لم يوص له إلا بالشفص وقد فات بأخذه .

ولو وصى رجل لإنسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لأن الموصى به لا يصير للموصى إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقياً على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون للموصى إذا قلنا إن الملك ينتقل إليه بمجرد الموت ، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لانتنا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فإن قبل تبينا أنه كان له وإن رد تبينا أنه كان للورثة ، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضاً لذلك ، ويحتمل أن لهم المطالبة لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين .

أحدهما : أن الأصل عدم القبول منه .

الثاني : أنه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فإنه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو غيره فإذا طالبوا ثم قبل الوصى الوصية كانت الشفعة له ويفتقر إلى الطلب منه لأن الطلب الأول يتبين أنه من غير المستحق ، وإن قلنا بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلم يأخذ بها ، وإذا قبل الوصى أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته فأشبهه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك

به وحصول شركته ، وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه .

(فصل) ولو اشترى رجل شقصة ثم ارتد فقتل أو مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الإسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال .

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصة فتصرفه موقوف ، فإن قتل على رده أو مات عليها تبين أن شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبين صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد اليه تملكاً مستأنفاً .

وقال الشافعي وأبو يوسف : تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه ، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وإن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراءه لغيره ، وإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فإن كان طالب بالشفعة انتقل أيضاً الى المسلمين ينظر فيها الإمام أو نائبه ، وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على إسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال انتقل نصيبه الى المسلمين إن مات بعد الطالب والا فلا .

« مسألة ، قال ﴿ وإن أذن الشريك في البيع ثم طلب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك ﴾ »

وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال : قد أذنت في البيع أو أسقطت شفيعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبتى وأصحاب الرأى . وروى عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن اسماعيل بن سعيد قال : قلت لأحمد ما معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان بينه وبين أخيه ربيعة فأراد بيعها

فليعرضها عليه ، وقد جاء في بعض الحديث « ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه ، إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ما هو يبيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة ، وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث .

قال ابن المنذر . وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم « ومن شاء ترك ، فلا يكون لتركه معنى ، ومفهوم قوله فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه بإذنه لا حق له ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم هنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو آخر المطالبة بعد البيع .

ووجه الأول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبراه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه لابتاع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفى أخذ المشتري الشقص لا إسقاط حقه من شفعته .

(فصل) إذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذه بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لوكيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه . ولنا أنه وكيل فلا تسقط شفعته كالآخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل انما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال

الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها . وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكاه مع علمه بثبوت شفيعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه ، فعلى هذا لو قال لشريكه بيع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل .

(فصل) وان ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو شرط له الخيار فاخترامضاء العقد لم تسقط شفيعته وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فأشبه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه ، ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كما لاذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع ، وما ذكره لا يصح فإن البيع لا يقف على الضمان ويبتل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه .

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشتري به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وان باع الثالث باقى نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها وللمال المضاربة خمساها بالسدس الذى له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منها .

(فصل)

فان كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا فاشتري أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال انما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبى لنفسه أو للشريك الآخر ، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفيعته وان أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفيعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف بنى على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفيعته كلها لانه لا يملك تبعض صفقة المشتري ، ويحتمل أن لا يسقط حقه

من النصف — الذى أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل رجوعه عن إقراره ، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفيعته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فلا شفيع أخذ الكل لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) وإن قال أحد الشفيعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للعارف بالصحة ، وكذلك إن قال ما اشتريته إنما انتهت وصدقه الآخر أنه اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا اعترف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عمدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لى لذلك توفرت على الآخر ، وإن اعتقد أن له شفعة وطالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فأشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق .

(فصل)

إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فأنكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجب الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعى يزعم أنه محق في دعوته وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذى ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجب الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاء لشربه ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم يلزمه فيه شفعة .

وإن قال المنكر للمدعى خذ الثلث الذى تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعى فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذى أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعى تجب الشفعة في الثلث الذى أخذه المدعى أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجب الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين .

ولنا أن المدعى يزعم أن ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به .

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لأنه لا شريك له في شفخته وإن أخذ بالعقد الأول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفخته ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسمها في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول ، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسألة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع .

وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثمنه ويبقى المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبائع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه .

وإن أخذ بالبائع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلثه من الثاني ، ومخرج

ذلك من ستة وثلاثين ، النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة ، فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة الى الشريك ويصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن الى المشتري الاول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وان أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهماً وهي أربعة أنساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل)

إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمرأ سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من مبيعه خمسة أنساعه لزيد ثلث شفخته فيقسم بينهما أثلاثاً .

وتصح المسألة من مائة واثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً لعمرو ثلثها بشفعته ستة وثلاثون سهماً يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الاول وعليه وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الباقي بينهما أثلاثاً ، وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثاً

ويحصل عمرو أربعة أتساع الدار لزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة ،
وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيعته إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفو عن شفيعته
في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها ،
وان باع بكر الثلث لاجنبي فليعمرو ثلثا شفعة المبيع الاول وهو التسعان يأخذ
ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني
سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثا ،
وتصح أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعته : ويدفع
هو وزيد الى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعته بينهما أثلاثا ويرجع المشتري
الثاني على بكر بثمان أربعة أتساع مبيعته ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يده سدسا
لم تبطل شفيعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئا (الثاني) تبطل
شفيعته كلها والثالث تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع : وقد ذكرنا توجيه
هذه الوجوه . فأما شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه

أحدها : أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل
واحد منهما ربعها على أملا كهم حين يبعه .

والثاني : أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة
لأن لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه
خمس أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه إلى سدس زيد وقسمنا الشفعة
على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحقه بالشفعة شيئا لأن
الملك عليها غير مستقر .

والثالث . إن عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا
بها شيئا وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو
عنه ، وما بطلت الشفعة فيه يبيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان
ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال ، وخرج إلى الاملال .

(فصل وإذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم
استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه
فإن طالب نل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك

وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين . وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله ، وإن طالب الرابع وحده أخذ منها نصف المبيع ، لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للطالب ، فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين ، فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ؛ وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين ، فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والآخر نصفين ، وتصح من ستة عشر .

وإن عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً ، فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين ، وتصح من ثمانية وأربعين ، وإن عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضاً من ثمانية وأربعين .

وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافين نصفين لكل واحد منها سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا .

« مسألة ، قال (ولا شفعة لكافر على مسلم) »

وجملة ذلك أن الذمي إذا باع شريكه شقصاً لمسلم فلا شفعة له عليه . روى ذلك عن الحسن والشعبي : وروى عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة ، وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام « لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء ، فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبي (ص) قال « لا شفعة لنصراني » وهذا يخص عموم ما احتجوا به ، ولأنه معنى ملك به يترتب

على وجود ملك مخصوص ، فلم يجب للذمي على المسلم كالزكاة ، ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان ، يحققه أن الشفعة إنما ثبتت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي ، فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ، ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة الموجبة ، لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعايته حقه ، فلأن ثبت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى

(فصل)

وتثبت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ، ولأنهما تساويا في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم ، ولا نعلم في هذا خلافا ، وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا اليه لم نحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب : إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة : تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمرًا لأنها مال لهم ، فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم ، لكن إن كان الشفيع ذميا أخذه بمثله ، وإن كان مسلما أخذه بقيمة الخمر .

وإنما أنه يبيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان بين مسلمين ، ولأنه عقد بمن محرّم أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم أن الخمر مال لهم ، فإن الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا تعرض لما فعلوه بما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكموا اليه قبل تمامه ، ولو تحاكموا اليه قبل التقابض لفسدناه

(فصل) فأما أهل البدع فمن حكم بإسلامه فله الشفعة ، لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال ، ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها .

وقد روى حرب أن أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ ويروى عن ابن ادريس أنه قال . ليس للرافضة شفعه ، فضحك وقال : أراد أن يخرجهم من الاسلام ، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعه ، وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وإنما أرسل الى علي ونحوه ، ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له ، لان الشفعه اذا لم تثبت للذى يقر على كفره فغيره أولى

(فصل)

وتثبت الشفعه للبدوى على القروى وللقروى على البدوى في قول أكثر أهل العلم . وقال الشعبي والبتى : لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الادلة واشتراكها في المعنى المقتضى لوجوب الشفعه

(فصل : قال أحمد في رواية حنبل : لا نرى في أرض السواد شفعه ، وذلك لأن أرض السواد موقوفه ، وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ، ولا يصح بيعها ، والشفعه انما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه ، وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر ، وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائمين الا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه . فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعه لأنه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم .

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره ، وإنما سميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقى لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقى لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع .

أما السنة : فما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال « عامل رسول الله (ص) أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، حديث صحيح متفق عليه .

وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ، ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم ، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان إجماعاً فإن قيل لأنسلم أنه لم ينكره منكر فإن عبد الله بن عمر راوى حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال : كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة ، وهذا يمنع انعقاد الاجماع وبطل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ، ولا حديث ابن عمر لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم ، فكيف يتصور نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم ، فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روى في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال : كنا نكرى الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فبيننا ، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، روى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث رافع بن خديج : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة . فقال رافع روى عنه في هذا ضروب ، كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه . وقال طاووس إن أعلمهم ، يعني ابن عباس ، أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال : لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما ، رواه البخاري ومسلم

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته ، والمعنى يدل على ذلك : فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارة وسقيه ولا يمكنهم الاستجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ، ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين ، فجاز ذلك كالمضاربة بالائتمان

« مسألة ، قال أبو القاسم) وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم يجعل للعامل من اثر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر . هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور وقال داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرتهما . وفي سائر الشجر قولان

أحدهما . لا تجوز فيه . لأن الزكاة لا تجب في نباته فأشبهه مالا ثمرة له : وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بشرة لم تخلق أو إجارة بشرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بشرة غير الشجر الذي يسقيه .

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما ، وقولهم إنها إجارة غير صحيح إنما هو عقد على العمل في المال ببعض نباته فهو كالمضاربة ، وينكسر ما ذكره بالمضاربة فإنه يعمل في المال بنباته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع

وهذا في معناه ، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه . فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه . وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله : عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ، وهذا عام في كل ثمر ، ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل : وقد جاء في لفظ بعض الأخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر ، ولأنه شجر يثمر كل حول وأشبه النخيل والكرم ، ولأن الحاجة تدعو إلى المساواة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فحازت المساواة عليه كالنخل ، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساواة ولا أثر له فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل)

فأما مالا ثمر له من الشجر : كالصفصاف والجوز ونحوهما ، أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والأرز فلا تجوز المساواة عليه ، وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ، ولأن المساواة إنما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد ، فالقياس يقتضي جواز المساواة عليه لأنه في معنى الثمر ، لأنه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساواة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين : أحدهما تجوز ، وهو اختيار أبي بكر ، وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي ، لأنها إذا جازت في المدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى ، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأخير والسقي وإصلاح الثمرة ، فإن بقي مالا تزيد به الثمرة كالجذاز ونحوه لم يحز بغير خلاف

والثانية : لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي ، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض ثمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ، ولأن هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك .

وقولهم : إنه أقل غرراً : قلنا قلة الغرر ليست من المقتضى للجواز ، ولا كثرتة الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث النماء الموجود على ملكها على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ، ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح .

(فصل) فأما قول الخرقي (بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين .

أحدهما : أن المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو أكثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء ، وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء منهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم تمكن القسمة بينهما ، ولو ساقاه على أصع معلومة ، أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو ربما كثر الحاصل فيستضر العامل ، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال ، وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل ، ولهذا العلة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً .

قال رافع : كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ، ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا ، متفق عليه ، فتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساواة ، والثمرة كلها لرب المال لأنها نماء ملكه ، وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة .

الثاني : أن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لأجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط ، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح ، وكان الباقي لرب المال ، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة ، فقال ابن حامد يصح والباقي للعامل ، وقيل لا يصح ، وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منها فهو للعامل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا .

(فصل : إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدرأ كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدرأ وهما يعدان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر ، وإن لم يعدا قدره أو لم يعلم أحدهما ، لم يجوز لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال : ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعنتك دارى هاتين : هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال . بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدرى أيهما الذي يستحق نصفه ، ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لأنهما كبستانين .

فصل

وان كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما ، وثلث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز ، لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه ، وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجوز لأنه غرر فإنه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه ، وقد يكثر فيتوفر حظه فأما ان شرطاً قدرأ واحداً من

مالهما جاز ، وإن لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر
فصار كما لو قالوا بعناك دارنا هذه بألف — ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لأنه
أى نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد
اثنين جاز ويجوز أن يشترط لهما التساوى في النصيب ويجوز أن يشترط لاحدهما
أكثر من الآخر .

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الأولى النصف — وفي الثانية
الثلث وفي الثالثة الربع جاز ، لأن قدر ماله في كل سنة معلوم فصح ، كما لو شرط
له من كل نوع قدراً .

(فصل) ولو دفع إلى رجل بستاناً فقال : ما زرعت فيه من حنطة فلي رבעه
وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لأن ما يزرعه
من كل واحد من هذه الأصناف مجهول القدر ، فجري مجرى ما لو شرط له في
المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الآخر ، وهو جاهل بما فيه منهما ،
وان قال ان زرعتها حنطة فلي ربعها ، وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا
فلي نصفه لم يصح أيضاً لأنه لا يدري ما يزرعه فأشبه ما لو قال : بعثك بعشرة
صحاح أو أحد عشرة مكسرة ، وفيه وجه آخر أنه يصح بناء على قوله في الإجارة
إن خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم ، فإنه يصح
في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله ، وان قال : ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح
لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر بشار ما يخرج منها من ثمر أو زرع
ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا ، وبيننا قدر
ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع ، أما بتقدير البذر : وأما بتقدير المكان
وتعيينه أو بمساحته مثل أن قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيراً وتزرع مدين
حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزاً حنطة وقفيزين شعيراً جاز ، لأن كل واحد
من هذه طريق إلى العلم فاكتفى به .

(فصل) وان ساقاه على أنه ان سقى سيحاً فله الثلث ، وان سقى بكلفة فله
النصف — لم يصح ، لأن العمل مجهول والنصيب مجهول ، وهو في معنى بيعتين في
بيعة ، ويتخرج أن يصح قياساً على مسألة الإجارة ولو قال : لك الخمسان ان كانت

عليك خسارة ، وان لم يكن عليك خسارة فلك الربح لم يصح ، نص عليه أحد وقال : هذا شرطان في شرط وكرمه ، وهذا في معنى المسألة التي قبلها ، ويخرج فيها مثل ما خرج فيها ، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقبه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لأنه شرط عقداً في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعثك ثوبي على أن تبيعني ثوبك ، وإننا فسد لمعنيين .

أحدهما : أنه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول .

الثاني : أن العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لأجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً .

(فصل)

وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين لجعل له الثلثين من الثمرة صحت ، وكان السدس من حصته المساقاة فصار كأنه قال : ساقيتك على نصيب بالثلث ، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه ، ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً ، وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح ، فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فأشبه ما لو قال له : أنا أعمل فيه بغير شيء ، وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجر مثله لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاه بإسقاطه كالنكاح ، ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله .

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة ، ويفارق النكاح لوجهين .

أحدهما : أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته ، وهذا فاسد لا يوجب شيئاً .

والثاني : أن الإبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة ، والعمل هنا يستباح بذلك

ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجبا بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين .

أحدهما . أن النكاح صحيح وهذا فاسد .

والثاني : أن العقد ههنا ، لا يوجب ولو أوجب لوجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئا ، وإن وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين .

أحدهما : أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل .

والثاني : أن الاصابة لو خلعت عن العقد لأوجبت ، وهذا بخلافه ، وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها ، فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معا فالمساقاة فاسدة ، والثمره بينهما على قدر ملكيها ويتقاصان العمل إن تساويا فيه ، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه .

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج إلى سقى وبهذا قال مالك : ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها إلى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة .

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيع فإن ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لأنه عقد على مجهول فلم يصح كالبيع وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على غير معين كالبيع .

(فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الألفاظ نحو عاملتك وفالحتك وأعمل في بستانى هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبه هذا لأن القصد المعنى فإذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيع ، وإن قال : استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ذكره أبو الخطاب : لأن الإجارة يشترط لها كون العرض معلوما ، والعمل معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه .

والثاني يصح ، وهو أقيس ، لأنه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها .

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحد تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج ، منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل ، وما ذكر من شروط الإجارة إنما يعتبر في الإجارة الحقيقية ، أما إذا أريد بالإجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة .

(فصل)

ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها . مثل حرث الأرض تحت الشجر : والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج إلى قطعه وتسوية الثمرة وإصلاح الاجاجين ، وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب : والحفظ للثمر في الشجر وبعده حتى يقسم ، وإن كان مما يشمس فعليه تسميته .

وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل : كسد الحيطان وإنشاء الأنهار وعمل الدولاب وحفر بئر وشراء ما يلحق به .

وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال : كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال ، وهذا صحيح في العمل . فأما شراء ما يلحق به فهو على رب المال وإن تكرر ، لأن هذا ليس من العمل ، فأما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لأنها ليست من العمل ، فأشبهت ما يلحق به ، والأولى أنها على العامل لأنها تراد للعمل ، فأشبهت بقدر الحرث ، ولأن استقاء الماء على العامل إذا لم يحتاج إلى بهيمة فكان عليه ، وإن احتاج إلى بهيمة كغيره من الاعمال .

وقال بعض أصحاب الشافعي : ما يتعلق بصلاح الأصول والثمره معاً كالكسح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الأرض بالزبل إن احتاجت إليه فشرائه ذلك على رب المال لأنه ليس من العمل ، فحري بحري ما يلحق به

وتفريق ذلك في الأرض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ولم يبين ما على
كل واحد منهما ، فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه ، وإن شرطاً ذلك كان
تأكيداً ، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر ، فقال القاضي وأبو الخطاب
لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه شرط يخالف
مقتضى العقد فأفسده ، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال

وقد روى عن أحمد ما يدل على صحة ذلك ، فإنه ذكر أن الجذاذ عليها ، فإن
شرطه على العامل جاز ، وهذا مقتضى كلام الخرقى في المضاربة ، لأنه شرط لا يخل
بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين
والخيار فيه ، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا
يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر
العمل ، لأن العامل يستحق بعمله ، فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله
كعدمه فلا يستحق شيئاً .

(فصل) فأما الجذاذ والحصاد واللقاط فهو على العامل ، نص عليه أحمد في
الحصاد وهو مذهب الشافعي ، لأنه من العمل فكان على العامل كالتشميس .
وروى عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرط على العامل لجأز لأن العمل عليه ، وإن لم
يشترط فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه ، فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليها
وأجاز اشتراطه على العامل ، وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن
تفسد المساقاة بشرطه على العامل لأنه شرط يناقض مقتضى العقد ، واحتج من جعله
عليها بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة ، فأشبهه نقله إلى منزله

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم
ولأن هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس ، وما ذكروه يبطل بالتشميس
ويفارق النقل إلى المنزل ، فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد ، فأشبهه المخزن

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب
المال ، لأن عملهم كعمله فإن يد الغلام كيد مولاه . وقال أبو الخطاب فيه وجهان
أحدهما كما ذكرنا ، والثاني يجوز ، لأن غلمانه ماله ، فجاز أن تعمل تبعاً لماله ،
كثور الدولاب ، وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها .

وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً ، وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فإذا شرط غلمانا يعملون معه فنفتقهم على ما يشترطان عليه ، فإن أطلقا ولم يذكرنا نفقتهم فهم على رب المال ، وبهذا قال الشافعي . وقال مالك نفقتهم على المساقى ؛ ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال ، لأن العمل على المساقى ، ثمونة من عمله عليه كمؤنة غلماناه .

ولنا أنه ملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره ، فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها ، وبه قال الشافعي . وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها ، لأنه اشترط عليه مالا يلزمه ، فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط .

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ، ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ؛ ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الإجارة

(فصل) وان شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج الى الاستعانة بهم من التمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه ، فإذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وان لم يقدره فسد لذلك ولأنه مجهول ، ويفارق هذا ما اذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليهم من الخالين ونحوهم ، لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال . ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كسألتنا . (فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أو ما اليه في رواية الاثرم ؛ وسئل عن الاكار يخرج نفسه من غير أن يخرج صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ؛ ذكره الشيخ أبو عبد الله بن حامد ، وهو قول بعض أصحاب الحديث ؛ وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم ، وهو قول أكثر الفقهاء لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة ، ولأنه لو كان جائزاً جاز لرب المال فسخه اذا أدركت التمرة فيسقط حق العامل فيستضر

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، فقال رسول الله (ص) « نقركم على

ذلك ما شئنا ، ولو كان لازماً لم يجوز بغير تقديره مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله وعمر رضى الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجوز إخراجهم فيها ، ولأنه عقد على جزء من ثمن المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من ثمنه أشبه المضاربة وفارق الإجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ولأن عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة فقياسها عليها أولى .

وقولهم إنه يفضى إلى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة ، قلنا إذا ظهرت الثمرة فهي تظهر على ملكها فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح . فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلفاؤه رضى الله عنهم لأهل خير مدة معلومة حين عاملوهم ، ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة ، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح ، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضى بإسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله : وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العرض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة ، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسحها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفضى إلى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ، ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً .

فأما أن قلنا أنه عقد لازم فلا يصح إلا على مدة معلومة ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة ، وأجازه بعض

أهل الكوفة استحساناً لانه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها .

ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ، ولأن المساقاة أشبه بالاجارة لانها تقتضى العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانه يفضى الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة ، فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التى يبقى الشجر فيها وان طال ، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنصر أو اجماع .

فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا فى الثمرة ولا يوجد فى أقل من هذه المدة ، فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله فى أحد الوجهين وفى الآخر لا شيء له لانه رضى بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع .

والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذى اتفقا عليه اليه كان أجر مثله كما فى الاجارة الفاسدة ، وفارق المتبرع فإنه رضى بغير شيء وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له فى أصح الوجهين ، لانه رضى بالعمل بغير عوض ، وان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم يحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذى اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها ، وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها ، وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففى صحة المساقاة وجهان

أحدهما : تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه .

والثانى : لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالسلم

في مثل ذلك . ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يحز العقد معه كما لو شرط ثمر نخلة يعينها ، وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فإن الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل قادر لم يمكن التحرز عنه ، فإن قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فإن لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجها واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلا حق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا .

(فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لانها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ، وان كانت لازمة فإذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلي وجهين .

أحدهما : لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح .

والثاني : يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع .

(فصل) ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر الى ضرب مدة لان ابقاها اليها وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم تحتاج الى مدة كالمضاربة . وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر في التقدير ، وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها ، وتفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه نسفه كقولنا في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه .

وان قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منها لانه عقد لازم فأشبه الاجارة ، لكن ان كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس بما يكن ذلك فيه ، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود

عليه فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه : ثم ان كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لأجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وان احتيج الى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو اما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد ، فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز ، وان اختار بيع نصيبه أيضاً باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكتري عليه من عمله وما فضل لورثته ، وان كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لأجنبي لم يحز الا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه الا بقطع نصيب المالك فيقف امكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم اذا انفصلت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل .

وان اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ اذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه مضطر ، وان أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه ، وان تبرع بالانفاق لم يرجع بشيء كما لو تبرع بالصدقة ، والحكم فيما اذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد اذا تعذر بيعها كالحكم هنا سواء .

(فصل) وان هرب العامل فلبى المال الفسخ لأنه عقد جائز ، وان قلنا بلزومه لحكمه حكم ما لو مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه الا أنه ان لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ، وان لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة فعل فإن لم يجد فلبى المال الفسخ أما الميت فلا يقترض عليه لأنه لا ذمة له .

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة ، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله اليه فهو كالمضارب فان اتهم حلف فان ثبتت

خيانته بإقرار أو بيينة أو نكوله ضم إليه من يشرف عليه فإن لم يكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب مالك لا يقام غير مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه مالهو فسق بغير الحيانة . ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ، ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول أن له فسخ المساقاة ، وإذا لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال اتئانك وفارق فسحه بغير الحيانة فإنه لا ضرر على رب المال وههنا يفوت ماله .

(فصل) فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا يترع من يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين ، لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيته . (فصل) وإن اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد ، وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لأنه أقوى سببا لتسليمه للحائط والعمل ، وقال الشافعي يتحالفان ، وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر .

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاهما العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فإن كان مع أحدهما بيينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بيينة فني أيها تقدم بينته وجهان ؟ بناء على بيينة الداخل والخارج ، فإن كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلا لأنه لا يجر إلى نفسه نفعا ولا يدفع ضررا ويحلف مع شاهده وإن لم يكن عدلا كانت شهادته كعدمها ، ولو كان العامل اثنين ورب المال واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا .

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أتلفت كلها إلا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي . والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه

كون الثمرة بينهما على كل حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصول .

وأما القراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور كسألتنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية انتهى . ولذلك لو تلفت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما ، فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصاباً نص عليه أحد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم يجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح .

وعنه أنها تؤثر فتؤثر ههنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي ، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم به النصاب من مواضع آخر فتجب عليهما جميعاً الزكاة ، وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان بجمعهما نصاباً فعليه الزكاة في حصته .

وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمسكاتب والذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً وبهذا كله قال مالك والشافعي ، وقال الليث إن كان شريكه نصرانياً فعليه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي .

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كالأفراد بها ، وقد روى أبو داود في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص الدخول حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الحرص أم يدفعونه اليهم بذلك الحرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر حرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون ألف وسق .

(فصل) وإن ساقاه على أرض خراجية فالخارج على رب المال ، لأنه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غديره فيها وبهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها

وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يتقبلها أن يؤدي وظيفة عمر
رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم ، إذا دفع
السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ فيؤدي خراجها
ثم يزكي ما بقي كما ذكره الخرقى في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرنا
ههنا إن شاء الله تعالى .

« مسأله ، قال ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم)

يعنى : إذا شرط جزءاً معلوماً من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها
لم يجوز بغير خلاف لأنه ربما لم يحدث من انماء ما يساوى تلك الدراهم فيتضرر
رب المال ، ولذلك منعنا من اشتراط أقفزة معلومة ولو شرط له دراهم منفردة
عن الجزء لم يجوز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التى ساقاه فيها أو ثمر
شجر غير الشجر الذى ساقاه عليه أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذى ساقاه
عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع
العمل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين
بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذى يستحق عليه فيه العمل .

(فصل)

وإذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجوز
ذلك ، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور ، وأجازة مالك إذا جاء برجل أمين .
ولنا أنه عامل في المال بجزء من ثمائه فلم يجوز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولأنه
إنما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما أن استأجر أرضاً
فله أن يزارع غيره فيها لأنها صارت منافعها مستحقة له فذلك المزارع فيها كالمالك ،
والأجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في
يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنه بمنزلة المستأجر لها ، وللموقوف عليه أن
يزارع في الوقف ويساقى على شجره لأنه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك
ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم .

فصل وإذا ساقاه على ودى النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً

ويكون له فيها جزء من الثمرة معلوم صحح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صححتها كما لو جعل له سهما من ألف سهم : وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي أننا إن قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتاج إلى ذكر مدة ، وإن قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فإن حمل فيها فله ما شرط له وإن لم يحمل فيها فلا شيء له . والثاني : أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح ، وإن عمل فيها فهل يستحق الأجر ؟ على وجهين ، وإن حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لأن العقد وقع فاسدا فلم يستحق ما شرط فيه . والثالث : أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح ؟ على وجهين فإن قلنا لا يصح استحق الأجر ، وإن قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وإن لم يحمل فيها لم يستحق شيئا ، وإن شرط نصف الثمرة ونصف الأصل لم يصح لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في النماء والفائدة فإذا شرط اشتراكهما في الأصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال ، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءا من ثمرتها مدة بقاءها لم يجز ، وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لأنه يخالف موضوع المساقاة .

(فصل) وإن ساقاه على شجر يفرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضا والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه . وقد قال أحمد في رواية المروذي في رجل قال لرجل أغرس في أرضي هذه شجرا أو نخلا فما كان من غلة فلك بعمل كذا وكذا سهما من كذا وكذا ، فأجازه واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروایتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل .

وقال القاضي : المعاملة باطله وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له أرش نقصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع اليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها .

وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لأنه

ملكه فلم يمنع تحويله ، وان اتفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز ، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرستها على أن الشجر بينهما لم يجرز على ما سبق ، ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينه وبين صاحب الأرض وهذا نظيره : وان دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالمعامله فاسدة وجها واحداً ؛ وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ففسد كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليسكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما .

(فصل) وان ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه ربه وثمرته لأنه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربه ، وان نقصت فلربها أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحققت بعد أن اقتسمها وأكلها فلربها تضمنين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمنه الكل وله تضمنه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه ، لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطمع إنساناً شيئاً وقال له كله فإنه طعمي ثم تبين أنه مغصوب وان ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها ، وإنما كان مراعيها لحا وحافظا فلا يلزمه ضمانها مالم يقبضها ، ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله .

وان ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال : يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال : لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب .

باب المزارعة

« مسألة ، قال (وتجاوز المزارعة ببعض ما يخرج من الارض)

معنى المزارعة : دفع الارض الى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهى جائزة فى قول كثير من أهل العلم ، قال البخارى ، قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والرابع ، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل على وابن سيرين ، ومن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الاسود وموسى بن طلحة والزهرى وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد .

قال البخارى : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلم يكرها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة وروى عن ابن عباس الامران جميعا وأجازها الشافعى فى الارض بين النخيل إذا كان يياض الارض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها فى الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً ، وطواعة رسول الله (ص) أنفع : قال قلنا ما ذاك ؟ قال قال رسول الله (ص) « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلك ولا بربع ولا بطعام مسمى » .

وعن ابن عمر قال : ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها .

والمخابرة المزارعة . واشتقاقها من الخبار وهى الارض اللينة والخير الاكار وقيل المخابرة معاملة أهل خير ، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخارى عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والرابع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم

« من كانت له أرض فلا يزرعها أو يمنحها ، فإن لم يفعل فليمسك أرضه » . وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت ، فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ؛ قلت وما المخابرة ؟ قال : أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع .

ولنا ما روى ابن عمر قال « أن رسول الله (ص) عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ، متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس وجابر ابن عبد الله .

وقال أبو جعفر : عامل رسول الله (ص) أهل خيبر بالشطر ، ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلى ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت الا عمل به ، وعمل به أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطى أزواجه مائة وسق ، ثمانون وسقا ثمرأ وعشرون وسقا شعير اقسام عمر خيبر نخير أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطع لمن من الأرض والماء أو يمضى لمن الاوسق فمنهم من اختار الأرض ومنهم من اختار الاوسق : فكانت عائشة اختارت الأرض ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ ، لان النسخ انما يكون في حياة رسول الله (ص) فأما شيء عمل به الى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد ، فكيف يجوز نسخه ؟ ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله (ص) فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فإن كان راوى النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه .

أحدها : أنه قد فسر المنهى عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد فإنه قال : كنا من أكثر الانصار حقلا فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ؛ فأما بالذهب والورق فلم ينهنا ،

متفق عليه . وفي لفظ : فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ، ولا تعارض بين الحديثين

الثاني : ان خبره ورد في الكراه بثلاث أو ربيع ، والنزاع في المزارعة ، ولم يدل حديثه عليها أصلاً ، وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراه أيضاً لان القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة ، فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

الثالث . إن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت ، فكيف يقدم على مثل حديثنا ؟

قال الامام أحمد : حديث رافع ألوان . وقال أيضاً حديث رافع ضروب . وقال ابن المنذر : قد جاءت الاخبار عن رافع بعطل تدل على أن النهي كان لذلك (منها) الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس . قال زيد بن ثابت : أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين قد اقتتلا فقال : ان كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع ، رواه أبو داود والاثرم .

وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال : قلت لطاوس : لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها ، قال ان أعلمهم - يعني ابن عباس - أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال : ان يمنع أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً ،

ثم ان أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع ، وهو النهي عن كراه المزارع على الإطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فسادها كما قد بينا : وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعة وتارة عن ظهير بن رافع ، وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب إخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها : وقد عمل الخلفاء الراشدون وغيرهم بها . فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث الواهية

الجواب الرابع : أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ ، لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولاً به من جهة النبي (ص) الى حين موته ثم من بعده الى

عصر التابعين ، فمتى كان نسخه ؟ وأما حديث جابر في النهى عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فإنه قد روى حديث خبير أيضا فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خبير لاستحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت فإن قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل ، وأحاديث النهى عن الأرض البيضاء جمعا بينهما . قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة .

أحدها . أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق لبس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه .

الثاني : أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوى له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما فسره راويه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه .
الثالث : أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده .

الرابع : أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم .

الخامس : أن ما ذهبنا إليه بجمع عليه ، فإن أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الأربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان إجماعا ، وما روى في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماعا من الصحابة رضى الله عنهم لا يسوغ لأحد خلافة والقياس يقتضيه ، فإن الأرض عين تنمى بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض ثمراتها كالأثمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخيل ولان الحاجة داعية إلى المزارعة لان أصحاب الأرض قد لا يقدر على زرعها والعمل عليها والاكرة يحتاجون إلى الزرع

ولا أرض لهم فاقضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة هنا أكد لان الحاجة إلى الزرع أكد منها إلى غيره لكونه مقتاتا ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوى حديثهم نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا والشارع لا ينهى عن المنافع وإنما ينهى عن المضار والمفاسد فيدل ذلك على غلط الراوى في المنهى عنه وحصول المنفعة فيما ظنه منهيًا عنه ، اذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها .

(فصل)

واذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو كثر نص عليه أحد ، وقال قد دفع النبي صلى الله عليه وسلم خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال عاملك على الأرض والشجر على النصف جاز ، لان المعاملة تشملها ، وإن قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز ، كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا ، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز ، لان المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفة .

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع في السلم ، ولان المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا ان قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما ان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف للداخل زرع البياض فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصلح لان الداخل يسقي لرب الأرض فتلك زيادة ازدادها عليه .

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة .
 (فصل وان زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يحز أن يشترط العامل
 ثمرتها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازوه مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث
 أو أقل لانه يسير فيدخل تبعا ، ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يحز كما لو كان
 الشجر أكثر من الثلث .

فصل

وان أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز ، لانهما عقدان
 يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، ويحتمل أن
 لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا
 أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز
 سواء جمعا بين العقدین أو عقد أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحبل .

مسألة ، قال (إذا كان البذر من رب الارض)

ظاهر المذهب أن المزارعة انما تصح إذا كان البذر من رب الارض والعمل
 من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب
 ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب
 أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة .

وقد روى عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال
 في رواية مهنا في الرجل يكون له الارض فيها نخل وشجر يدفعها الى قوم يزرعون
 الارض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك ،
 وقد دفع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على هذا ، فأجاز دفع الارض لزرعها من
 غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، وروى نحو ذلك عن عمر
 ابن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو
 الصحيح ان شاء الله تعالى .

وروى عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا
 أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قول ثالثا ، والدليل

على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يهودي خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرتها .

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ، أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر ، وظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل الممول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لنقل ولم يجز الإخلال بنقله ، ولأن عمر رضى الله عنه فعل الأمرين جميعاً . فإن البخاري روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلم يزدوا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعاً .

فإن قيل : هذا بمنزلة بيعتين في يعة فكيف يفعله عمر رضى الله عنه ؟ قلنا : يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أى العقدين شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع إن شئت بعته بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما فعقد المبيع معه معينا ، ويجوز أن يكون مجتبه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعليه به جرى مجرى العقد ولهذا روى عن أحمد رحمه الله صحة الإجارة فيما إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والإجماع اللذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما .

(فصل) فإن كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها ، لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه ، وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء .

وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الأقل منهما

ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وإن شرطاً التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما ، وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا ، وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطاً التساوى في الزرع أو شرطاً لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل .

(فصل) فإن قال صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بترك ونصف منفعتك ومنفعة بترك وآ لك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة ، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض ، وإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض ، وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بترك وآ لك وأخرج البذر فهي كالتى قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال .

• مسألة ، قال (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقى لم يجز)

وكانت للمزارع أجرة مثله ، وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض ، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح ، لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزاناً معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها الأرض ، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبنى على الروایتين في صحة هذا الشرط .

وقد ذكر الحرقى أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر ، لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينمو فصارت كصغار الشجر إذا غرس فطال والبيضة إذا حضنت فصارت فرخاً ، والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الأرض ، لأن ربها إنما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض

منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك ، وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض .

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ما على السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء ، لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ، ولأنه يؤدي إلى تلف ما عين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه .

(فصل)

والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين . أحدهما : ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا هنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أقدرة معينة أو أنه إن سقى سبجاً فله كذا وإن سقى بكلفه فله كذا ، فهذا يفسدها لأنه يعود إلى جهالة المعقود عليه فأشبهه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص عن أحمد فساد العقد ، لأن الشرط إذا فسد لازم كون الزرع لرب البذر لكونه ثماً ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد ، فأما أن شرط ما لا يفضي إلى جهالة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد في البيع والمضاربة .

(فصل) وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضاً ، لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل ، وإن قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي ويكون سقيها من مائتيك والزرع بيننا ففيها روايتان .

إحدهما لا يصح ، اختارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل ، وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر ، ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به ؟
والثانية يصح ، اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب ، لأن الماء أحد ما يحتاج اليه في الزرع ؛ فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل . والاول أصح . لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه .

فصل في

وإن اشترك ثلاثة : من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله بينهم فعملوا ، فهذا عقد فاسد ، نص عليه في رواية أبي داود ومنها وأحمد بن القاسم .

وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله (ص) فقال أحدهم : على الفدان ، وقال الآخر قبل الأرض ، وقال الآخر قبل البذر ، وقال الآخر قبل العمل ، فجعل النبي (ص) الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الأرض ، وجعل لصاحب العمل كل يوم درهماً ، ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً . فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره .

وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعي . وعن واصل بن أبي جميل عن مجاهد : وقال في آخره : فحدثت به مكحولاً فقال : ما يسرنى بهذا الحديث وصيفاً ، وحكم هذه المسألة حكم المسألة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما فاسدان ، لأن موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة ، لأن الشركة تكون بالائتمان ؛ وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا وليست إجارة ، لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم ، وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ؛ فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله ولصاحبه عليه أجر مثلها لأنها دخلا على أن يسلم لها المسمى ، فإذا لم يسلم عاد إلى بدله ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور .

وقال أصحاب الرأي : بتصدق بالفضل . والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كسائر ماله . ولو كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها يذرم ودوابهم وأعوانهم : على أن ما أخرج الله بينهم على قدر ما لهم فهو جائز . وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافاً لأن أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء .

(فصل)

وإذا زارع رجلاً وأجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فببت في تلك الأرض عاماً آخر فهو لصاحب الأرض . نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث .

وقال الشافعي : هو لصاحب الحب ، لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه ؛ لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه ، ولهذا أبيح التقاطه ورعيه ، ولا نعلم خلافاً في إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرها ، لجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه كالثيرة واللقمة ونحوهما ؛ والنوى لو التقطه إنسان فغرسه كان له دون من سقط منه ، كذا هنا

(فصل في إجارة الأرض) تجوز إيجارها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم في قول أكثر أهل العلم . قال أحمد : قلنا اختلفوا في الذهب والورق ؛ وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً جائز بالذهب والفضة . روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروى عن طاوس والحسن كراهة ذلك ، لما روى رافع أن النبي (ص) نهى عن كراه المزارع ، متفق عليه

ولنا أن رافعا قال : أما بالذهب والورق فلم ينهنا — يعني النبي (ص) — متفق عليه ، ولمسلم « أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس » وعن حنظلة بن قيس أنه

سأل رافع بن خديج عن كراه الأرض فقال : نهى رسول الله ص عن كراه الأرض ، قال فقلت بالذهب والفضة ؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها : أما بالذهب والفضة فلا بأس ، متفق عليه ، وعن سعد قال : كنا نذكرى الأرض بما على السواقي وما سعد بالماء منها ، فنهانا رسول الله ص عن ذلك وأمرنا أن نكربها بذهب أو فضة ، رواه أبو داود ، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها ، فجازت إيجارتها بالاثمان ونحوها ، كالدور ، والحكم في العروض كالحكم في الاثمان ، وأما حديثهم فقد فسر الراوى بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره ، وحديثنا مفسر لحديثهم فإن راويهما واحد ، وقد رواه عاما وخاصا ، فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إيجارتها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام

أحدها : أن يؤجرها بطعام غير الخارج منها معلوم فيجوز ، نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، ومنع منه مالك حتى منع إيجارتها باللبن والعسل ، وقد روى عن أحمد أنه قال : ربما تهيبته

قال القاضي : هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز ، والحجة لماك ماروى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فلا يكرها بطعام مسمى » رواه أبو داود وابن ماجه ، وروى ظهير بن رافع قال : دعاني رسول الله (ص) فقال « ما تصنعون بمحاقلكم » قلت تؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير : قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها ، متفق عليه وروى أبو سعيد قال : نهى رسول الله (ص) عن المحاقلة ، والمحاقلة استكراه الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إيجارتها به كالاثمان ، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهى عن إيجارتها بذلك

إذا كان خارجا منها ، ويحتمل النهى عنه إذا أجرها بالربع والواوسط ، وحديث
أبي سعيد يحتمل المنع من كرائتها بالحنطة إذا أكرأها لزرع الحنطة .

القسم الثاني : إيجارها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإيجارها بقفزان
حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيها روايتان .

أحدهما : المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبها وهي قول مالك لما تقدم من
الاحاديث ولأنها ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لأنه يجعل
مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير مزارعة بلفظ الإجارة . والذرائع معتبرة
والثانية جواز ذلك . اختارها أبو الخطاب ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما
ذكرنا في القسم الأول ، ولأن ما جازت إيجارته بغير المطعوم جازت به كالدور
القسم الثالث : إيجارها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع ،
فالمنصوص عن أحمد جوازه ، وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب
أنها لا تصح ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم
من الأحاديث في النهى من غير معارض لها ، ولأنها إجارة بعوض مجهول فلم تصح
كإيجارها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، ولأنها إجارة لعين ببعض ثمنائها فلم تجز
كسائر الأعيان ، ولأنه لا نص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص ، فإن
النصوص إنما وردت بالنهي عن إيجارها بذلك ، ولا نعلم في تجويرها نصا ،
والمنصوص على جوازه إيجارها بذهب أو فضة أو شيء مضمون معلوم ، وليست
هذه كذلك . فاما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة
فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها ، وفيما يلزم العامل ورب الأرض
وسائر أحكامها والله أعلم

كتاب الاجارات

الاصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى قالت إحداهما . أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين ، قال إني أريد أن أت . إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن المنذر قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال : إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثمانى حجج أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه ، وقال الله تعالى (فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا) وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته .

وأما السنة . فثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الدبل هاديا خريتا ، وروى البخارى عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، والأخبار في هذا كثيرة ، وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال لا يجوز ذلك لأنه غرر يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصار وسار فى الأمصار ، والعبرة أيضا دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فلها جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعا به فلا بد من الإجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقا للرزق حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع . وما ذكره من الغرر لا يلتفت إليه مع

ما ذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لانها تتلف — بمضى الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الاعيان .

(فصل) واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض قال الله تعالى (لو شئت لاتخذت عليه اجرا) ومنه سمي الثواب اجرا ، لان الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيبته .

(فصل) وهي نوع من البيع لانها تمليك من كل واحد منها لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الاعيان لانه يصح تمليكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عيناً ودينياً ، وانما اختلفت باسم كما اختلف بعض البيوع باسم كالصرف والسلم ، اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان .

أحدهما : تنعقد به لانها بيع فانهقدت بلفظه كالصرف .

والثاني : لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فافتقرت الى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولان الاجارة تضاف الى العين التي يضاف اليها البيع اضافة واحدة فاحتج الى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالمقود المتباينة ، ولانه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فاشبه النكاح .

(فصل) ولا تصح الا من جاز التصرف لانها عقد تمليك في الحياة فاشبه البيع .

مسألة ، قال (واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة فقد ملك المستاجر المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد الا أن يشترط أجلا)

هذه المسألة تدل على أحكام ستة ، أحدها : أن المقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أن المقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك دارى كما يقول بعثتها .

ولنا أن المقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ، ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابله

فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساواة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال أجرتك منفعة دارى جاز الثانى : أن الاجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهـر وسنة ولا خلاف فى هذا نعليه ولأن المدة هى الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ، فإن قدر المدة بسنه مطلقة حمل على سنة الالهة لأنها المعهودة فى الشرع .

قال الله تعالى (يستلونك عن الالهة قل هى موافقت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه فإن شرط هلالية كان تأكيذاً : وان قال عددية أو سنة بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوماً لأن الشهر العددي يكون ثلاثين يوماً ، وان استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثني عشر شهرا بالالهة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لان الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وان كان العقد فى أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بهلال ثم كمل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوماً لانه تعذر اتمامه بهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بهلال فوجب ذلك لانه الاصل .

وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفى الجميع بالعدد لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهرا واحداً ، ولان الشهر الاول ينبغى أن يكمل من الشهر الذى يليه فيحصل ابتداء الشهر الثانى فى أثناءه فكذلك كل شهر يأتى بعده ، ولا يى حنيفة والشافعى كالروائين .

وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة ، وان جعل المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكان يعلنان ذلك جاز وكان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوماً وأربعة ثلاثون يوماً وشهر واحد ثمانية وعشرون يوماً ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوى سنتهم السنة الرومية ، وان كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لان المدة مجهولة فى حقه وان أجره الى العيد انصرف الى الذى يليه وتعلق بأول جزء منه لانه جعله غاية فتنتهى مدة الاجارة بأوله .

وقال القاضى : لا بد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا

وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجهادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الأول أو الثانى من سنة كذا ، وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلا بد أن يبينه من أى سنة وإن علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أى أسبوع وإن علقه بعيد من أعياد الكفار صح إذا علماه والا لم يصح وقد مضى نحو من هذا

(فصل)

ولا يشترط فى مدة الاجارة أن تلى العقد بل لو أجره سنة خمس وهما فى سنة ثلاث أو شهر رجب فى المحرم صح ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يصح إلا أن يستأجرها من هى فى اجارته ففيه قولان لأنه عقد على مالا يمكن تسليمه فى الحال فأشبه اجارة العين المفصولة ، قال ولا يجوز أن يكثرى بعيراً بعينه الا عند خروجه لذلك .

ولنا أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتى تلى العقد ، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه ، وما ذكرناه يبطل بما إذا أجرها من المكترى فإنه يصح مع ما ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن الاجارة ان كانت على مدة تلى العقد لم يحتاج الى ذكر ابتداءها من حين العقد وان كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتداءها لأنه أحد طرفى العقد فاحتيج الى معرفته كالاتهاء ، وإن أطلق : فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداءه من حين العقد ، وهذا قول مالك وأبى حنيفة .

وقال الشافعى وبعض أصحابنا : لا يصح حتى يسمى الشهر ويذكر أى سنة هى فإن أحمد قال فى رواية اسماعيل بن سعيد . إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمى الشهر .

ولنا قول الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام (على ان تأجرنى ثمانى حجج ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فإذا أطلقها وجب أن تلى السبب الموجب كدة السلم والإيلاء وتفارق النذر فإنه قرينة .

فصل

ولا تتقدراً أكثر مدة الإجارة بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت، وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان .

أحدهما : كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح .

الثاني : لا يجوز أكثر من سنة لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها، ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر

ولنا قول الله تعالى اخبارا عن شعيب عليه السلام أنه قال (على أن تأجرني ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل ، ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها ، كالبيع والنكاح والمساقاة ، والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه . وإذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كل سنة في ظاهر كلام أحد ، كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهراً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم ، ولأن المنفعة كأعيان في البيع ، ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك هنا وقال الشافعي في أحد قولي كقولنا وفي الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة لأن المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن يفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع ، وهذا يبطل بالشهور ، فإنه لا يفتقر إلى تقسيط الأجر عليها مع الاحتمال الذي ذكره .

(فصل) والإجارة على ضربين :

أحدها : أن يعقدها على مدة .

الثاني : أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين ، فإذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه الوجهان لأن له عملاً تتقدر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل كالدار والأرض لم يجوز إلا على مدة ، ومتى

تقدرت المدة لم يحز تقدير العمل : وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأن الجمع بينهما يزيدا غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل في المدة ، فإن أتمه عمل في غير المدة ، وإن لم يعمل لم يأت بما وقع عليه العقد ، وهذا غرر أمكن التحرز عنه ، ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يحز العقد معه .

وروى عن أحمد فيمن أكرى دابة إلى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست ، فقال قد أضرب به ، فقيل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا . يصالحه وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً ، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، لأن الإجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للتعجيل فلا يتمتع ذلك ، فعلى هذا إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها ، لأنه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر ، كما لو قضى الدين قبل أجله .

وان مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الإجارة ، لأن الأجير لم يف له بشرطه ، وإن رضى بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ ، لأن الإخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ ، كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ ويملكه المسلم ، فإن اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه ، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الأجر والعمل ، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله ، لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل .

فصل

ومن أكرى دابة إلى العشاء فآخر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : آخرها زوال الشمس ، لأن العشاء آخر النهار ، وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ، ولذلك جاء في حديث ذي اليمين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : صلى بنا النبي (ص) إحدى صلاتي العشي - يعني الظهر أو العصر - هكذا تفسيره .

ولنا قول الله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة ، وقال النبي (ص)

« لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء الى ثلث الليل ، وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس ، لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة : فدل على أن الاولى المغرب ، وهو في العرف كذلك ، فوجب أن يتعلق الحكم به ، لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكروه لا يصح ، لان لفظ العشي غير لفظ العشاء ، فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناه واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم . وكذلك الحكم فيما اذا اكرأها الى العشي ، لان أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه

وان اكرأها الى الليل فهو الى أوله ، وكذلك ان اكرأها الى النهار فهو الى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار : والاول أصح . وان اكرأها نهراً فهو الى غروب الشمس ، وان اكرأها ليلة فهي الى طلوع الفجر في قول الجميع ، لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال تعالى (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم - ثم قال - فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيب الأبيض من الخطيب الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل ،

(فصل) وان اكرأ فسطاطاً الى مكة ولم يقل متى أخرج فالكرأ فاسد ، وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي . يجوز استحساناً بخلاف القياس .

وانما أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يحز كما لو قال : أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى آخر السنة ، وقد اعترفوا بمخالفته للدليل ، وما ادعوه دليلاً لا نسلم كونه دليلاً .

(فصل) (الحكم الثالث) أنه يشترط في عوض الاجارة كونه معلوماً لانعلم في ذلك خلافاً ، وذلك لانه عوض في عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوماً كالثمن في البيع ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء فإن كان العوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين ، أشبههما الجواز لانه عوض معلوم

يجوز به البيع فجازت به الإجارة كما لو علم قدره . والثاني لا يجوز لانه قد يفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والاول أولى ، وظاهر كلام الخرقى أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت بحرى الاعيان لانها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بعدموم فافترقا ، وللشافعى نحو مما ذكرنا فى هذا الفصل

(فصل . وكل ما جاز ثمننا فى البيع جاز عوضا فى الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى : سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى ، أو مختلفا كمنفعة دار بمنفعة عبد ، قال أحمد : لا بأس أن يكترى بطعام موصوف معلوم : وبهذا كله قال الشافعى ، قال الله تعالى اخباراً عن شعيب أنه قال (انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على ان تأجرنى ثمانى حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة ، وقال ابو حنيفة فيما حكى عنه لا تجوز اجارة دار بسكنى أخرى ، ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة ، لان الجنس الواحد عنده يحرم النساء . وكره الثورى الاجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه ، وهو قول اسحاق وأصحاب الراى وقياس قول الشافعى لانه عوض يجوز فى البيع فجاز فى الاجارة كالذهب والفضة وما قاله ابو حنيفة لا يصح ، لان المنافع فى الاجارة ليست فى تقدير النسبة ، ولو كانت نسبة ما جاز فى جنسين ، لانه يكون بيع دين بدين

(فصل) ولو استأجر رجلاً ليلسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز ، لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا ، وهل هو مخين أو رقيق ، ولانه لا يجوز ان يكون ثمننا فى البيع فلا يجوز أن يكون عوضا فى الاجارة كسائر المجهولات ، فإن سلخه بذلك فله أجر مثله ، وان استأجره اطرح ميتة بجلدها فهو ابلغ فى الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكاً وان فعل فله أجر مثله أيضاً

(فصل) ولو استأجر راعياً لقنم بثلاث درهما ونسلما وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز ، نص عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد النسائى لان الاجر غير معلوم ولا يصلح عوضا فى البيع

وقال إسماعيل بن سعيد . سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة الى الرجل على أن يعلفها ويتحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدري أيوجد أم لا والأصل عدمه ، ولا يصلح أن يكون ثمنا .

فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها ، قلنا إنما جاز ثم تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء والمساواة كالمضاربة وفي مسائلنا لا يمكن ذلك لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك ، وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لأن العمل والأجر والمدة معلوم فصح كما لو جعل الأجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال فيكون له نماؤه كما لو اشتراه .

فصل

(الحكم الرابع) أن الإجارة إذا نمت وكانت على مدة ملك المستاجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ويكون حدوثها على ملكه : وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستاجر بالعقد لأنها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمره والولد .

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجراها صار المستاجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت إلى المستاجر بخلاف الولد والثمره فإن المستاجر لا يملك التصرف فيها ، وقولهم أن المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لأنها جعلت موردا للعقد والعقد لا يرد إلا على موجود .

(فصل) (الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستاجر أجلا كما يملك البائع الثمن مالم يبيع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها إلا يوما بيوم إلا أن يشترط تعجيلها ، قال أبو حنيفة إلا أن تكون معينة كالثوب والعبد والدار لأن

الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأمر بإيتائهن بعد الارتضاع وقال النبي صلى الله عليه وسلم : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب ، وروى عنه عليه السلام أنه قال : أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ، رواه ابن ماجه ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالمعوض في العقد الفاسد فإن المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسليمها لأنه يتسليمها شيئاً فشيئاً فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد .

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا ، فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) أي إذا أردت القراءة ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث : يحققه أن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله (فما استمعتم به منهن فآتوهن أجورهن) والصداق يجب قبل الاستمتاع ، وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل ، وقد قلتم يجب الأجر شيئاً فشيئاً ، ويحتمل أنه توعد على ترك الإيفاء في الوقت الذي تترجعه المطالبة فيه عادة .

جواب آخر أن الآية والأخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل ، فأما ما وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به ، وأما اذا كانت الاجارة على عمل فإن الأجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل ، قال ابن أبي موسى من استأجر لعمل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه .

وقال أبو الخطاب : الأجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضى المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل لأنه عرض فلا يستحق تسليمه الا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في المبيع ، وفارق الاجارة على الأعيان لأن

تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل .
وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه : فإن قيل فإن المؤجر اذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فإنه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها ، قلنا لا يتمتع هذا كما لو شرطنا التعجيل أو كان الثمن عيناً .

فصل

(الحكم السادس : أنه اذا شرط تأجيل الاجر فهو الى أجله ، وان شرطه منجماً يوماً يوماً أو شهراً شهراً أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه لان اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بشمن حال أو مؤجل فكذلك اجارتها .

(فصل) واذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البذل كما لو قبض المبيع . وان سلمت اليه العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الاجر ، وان لم ينتفع لأن المعقود عليه تلفت تحت يده وهي حتمه فاستقر عليه بدلها كشمن المبيع اذا تلف في يد المشتري ، وان كانت الإجارة على عمل فسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكثرى دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها ، فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر ، وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده بإختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الإجارة على مدة فمضت .

وقال أبو حنيفة : لا يستقر الاجر عليه حتى يستوفى المنفعة لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر للأجير المشترك ، فإن بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت بإختياره في مدة الإجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده وان بذل تسليم العين وكانت الإجارة على عمل فقال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر ، وبهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت بإختياره .
وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه وهو أصح عندي لأنه عقد على مافي الذمة فلم

يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا في إجارة فاسدة فغيا إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه لأنها لم ت تلف تحت يده ولا في ملكه ، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فمن أحمد روايتان .

أحدهما : عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها كما لو استوفها .

والثانية . لا شيء له وهو قول أبي حنيفة لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد .

ولنا أن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالأعيان وما ذكره لا نسله والله أعلم .

• مسألة ، قال (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضى كل شهر)

وحلة ذلك : أنه إذا قال أجرتك هذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب القاضى إلى أن الإجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الخرقى إلا أن الشهر الأول يلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد لأنه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار إن كانت الإجارة على دار لأنه مجهول حال العقد فإذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الأول ، وإن لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ ، وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكى عن مالك نحو هذا إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده لأن المنافع متغيرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم ، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري

والصحيح من قول الشافعي لأن كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مبهماً مجهولاً فيكون فاسداً كما لو قال أجرتك مدة أو شهراً ، وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد في هذا على أن الاجارة وقعت على أشهر معينة .

ووجه الأول ، أن علياً رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منه ، قال علي كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها جلدة ، وعن رجل من الأنصار أنه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الأنصاري أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، رواهما ابن ماجه في سننه وهو نظير مسألتنا ، ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها .

فعل هذا : متى ترك التلبس به في شهر لم تثبت الاجارة فيه لعدم العقد ، وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنها إذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو غير صحيح لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصح لأن الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة .

(فصل)

إذا قال : أجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعليه لأن المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منها فسخ بحال لأنها مدة واحدة فأشبهه ما لو قال أجرتك عشرين شهراً بعشرين درهماً ، وإن قال : أجرتكها شهراً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لأنه أفردته بالعقد وبطل في الزائد لأنه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم لأن معناهما واحد ، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو قال بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان .

(فصل) والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منها فسخها وبهذا قال

مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأنها عقد معاوضة فكان لازماً كالبيع ،
ولأنها نوع من البيع وإنما اختلفت باسم كما اختلفت الصرف والسلم باسم وسواء كان
له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه
يجوز للمكترى فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكثرى جملاً ليحج عليه فيمرض
فلا يتمكن من الخروج أو تضع نفقته أو يكثرى دكاناً للبر فيحترق متاعه
وما أشبه هذا لأن العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما
لو استأجر عبداً فأبق .

ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر فلم يجز
لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكترى لجاز لعذر
المكترى تسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجز ثم
فلا يجوز ههنا ويفارق الأباقي فإنه عذر في المعقود عليه .

مسألة ، قال (ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تنضيها فقد لزمته
الاجرة كاملة)

وجملته أن الاجارة عقد لازم يقتضى تملك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع
فإذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنسخ
الاجارة والاجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه
قال الأثرم قلت لأبي عبد الله رجل أكرى بغيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني ،
قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء ، قلت فإن مرض المستكرى بالمدينة ، فلم يجعل له
فسخاً ، وذلك لأنه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه
لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة اجارة العقار ، قال ابن المنذر
أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز
ولا تجوز اجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديد فاته لا يصير
معلوماً إلا بذلك ولا يجوز إطلاقه ولا وصفه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور
إذا ضبط بالصفة أجزاء : وقال أصحاب الرأي له خيار الرؤية كقولهم في البيع ويخرج

لنا مثل ذلك بناء على البيع ، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ولم يكتف بالصفة لأنه لا يصير معلوماً إلا بالرؤية كما لا يعلم في البيع إلا بذلك فإن كان داراً أو حماماً احتاج إلى مشاهدة البيوت لأن الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقتها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ماء الحمام إما من قناة أو بئر فإن كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ليعلم عمقها وموثة استسقاء الماء منها ومشاهدة الآتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام ، فمضى أخل بهذا أو بعضه لم تصح للجهالة بما يختلف الغرض به .

(فصل) وكره أحمد كراه الحمام وسئل عن كراهته فقال أخشى فقيل له إذا شرط على المكتري أن لا يدخله أحد بغير إزار فقال ومن يضبط هذا ؟ وكأنه لم يعجبه ، قال ابن حامد : هذا على طريق الكراهة تنزيهاً لا تحريماً لأنه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الإجارة على فعل محظور فكرهه لذلك فأما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراه الحمام جائز إذا حدده وذكر جميع آله شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لأن المكتري إنما يأخذ الإجر عوضاً عن دخول الحمام والغتسال بمائه ، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وإن وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز لم يحرم الإجر المأخوذ منه كما لو أكرى داراً ليسكنها فشرب فيها خمرأ .

« مسألة ، قال (ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضى المدة)

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لأنها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف في المبيع ، فإن تصرف فيها نظرنا فإن كان ذلك في حال بدا للمستأجر قبل تقضى المدة مثل أن يكرى داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يوجرها لغيره احتمل أن يفسخ العقد فيما استوفاه المالك لأنه يتصرف فيه قبل قبض المكتري له فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه ، فعلى هذا أن تصرف المالك في بعض

المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه دون ما لم يتصرف فيه ويكون على المستأجر ما بقي : فلو سكن المستأجر شهراً وتركها شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقي لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها ، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر والأول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وإن تصرف المالك قبل تسلّم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحداً لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فأنفسخ العقد كما لو باعه طعاماً فأتلفه قبل تسليمه ، وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالحصّة كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضاً .

« مسألة ، قال (فإن حوله المالك قبل تقضى المدة لم يكن له أجره لما سكن)

يعنى إذا استأجر عقاراً مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الأجرة ، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقي لأمر غالب .

ولنا أنه لم يسلم إليه ما عقد الاجارة عليه فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره ليحمل كتاباً فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً فحفر له عشرة وأمتنع من حفر الباقي ، وقياس الاجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما إذا امتنع لأمر غالب لأن له عذراً ، والحكم فيمن أكرى دابة فامتنع المكروى من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وأمتنع من اتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء إلى

مكان وامتنع من إتمام العمل ، كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه ، وأنه لا يستحق شيئا لما ذكرنا .

(فصل إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الإجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الإجارة بمضى المدة يوما فيوما : فإن عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الإجارة لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمل ، كما لو أسلم إليه في شيء فهرب ابتاع من ماله ، فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فإن فسخ فلا كلام ؛ وإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل ، لأن ما في الذمة لا يفوت بهربه ؛ وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة ، أو يتم العمل أن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل . فأما أن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال

« مسألة ، قال فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه)

وجملته أن من استأجر عينا مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة : أحدها أن تلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت ، فذلك على ثلاثة أضرب أحدها أن تلف قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعمليه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه ؛ فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه . والثاني أن تلف عقيب قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ أيضا ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء ، إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه أ تلف بعد قبضه أشبه المبيع ؛ وهذا غلط . لأن المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك ، فأشبه تلفها قبل قبض العين

الثالث : أن تلف بعد مضي شيء من المدة ، فإن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للوَجَر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها

ثم ننظر فإن كان أجر المدة متساوياً فعليه بقدر ما مضى إن كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر ، وإن كان قد مضى الثلث فعليه الثلث ، كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي

وإن كان مختلفاً كدار أجراها في الشتاء أكثر من أجراها في الصيف وأرض أجراها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة ، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة ، كبيع استأجره على حمل شيء إلى مكان معين ، وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(فصل)

القسم الثاني : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها ، فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له ، مثل أن يمكن الانتفاع بعرضة الدار والأرض لو وضع حطب فيها ، أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها للزراعة أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضاً ، لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الاجارة ، كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحي .

وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها . لا تنفسخ الاجارة فيها ، وهو منصوص الشافعي ، لأن المنفعة لم تبطل جملة ، لأنه يمكن الانتفاع بعرضة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها ، فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقاءه ، فعلى هذا يخير

المستأجر بين الفسخ والامضاء : فإن فسخ حكمه حكم العبد إذا مات ، وإن اختار امضاء العقد فعليه جميع الاجر لان ذلك عيب ، فإذا رضى به سقط حكمه ، فإن لم يختار الفسخ ولا الامضاء ، اما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما في البيع ، ولو كان النفع الباقي في الاعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد ، كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً ، لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها . وأما ان أمكن الانتفاع بالعين فيما اكترأها له على نعت من القصور ، مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء ، أو كان الماء ينحسر عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع ، أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار ، اما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة ، لان المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فاشبه ما لو تعيبت ، والمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا ، الا في الدار اذا انهدمت فإن فيها وجهين :

أحدهما لا تنفسخ الاجارة . والثاني تنفسخ . لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ، ولذلك لا يستأجر أحد عرصة داراً ليسكنها ، فأما ان كان الحادث في العين لا يضرها ، كغرق الارض بماء ينحسر في قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره ، وانقطاع الماء عنها اذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ ، لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الفرق المضر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار ، وللمكترى الخيار في تبقية العين لان الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختار الامساك أمسك بالحصاة من الاجر ، كما اذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع .

(فصل) القسم الثالث : أن تغصب العين المستأجرة للمستأجر الفسخ ، لان فيه تأخير حقه ، فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاحارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل ، لأن المعقود عليه لم يفت

مطلوما بل الى بدل وهو القيمة فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي في ذلك اختلاف .

وان زادت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيها مضى من المدة مخيرا كما ذكرنا ، وان كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جملته الذي يحمل عليه وعبدته الذي يخطط له لم يفسخ العقد والمستأجر مطالبة الأجير بعوض المخصوص وإقامة من يعمل العمل لأن العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فردّه فإن تعذر البذل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر الى أن يقدر على العين المخصوصة فيستوفى منها

فصل

القسم الرابع : أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرّد الدابة ، وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا .

(فصل) القسم الخامس : أن يحدث خوف عام يمنع من سكّنى ذلك المكان الذى فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كنصب العين .

ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الاجارة ، وان أحب إبقاها الى حين امكان استيفاء المنفعة جاز لأن الحق لها لا يعدوها .

فأما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه ، وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا .

(فصل) وإذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير

خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر إذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحا أو عضوضا أو نفورا أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكترى الخيار إن شاء ردها وفسخ الاجارة وإن شاء أخذها ، وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ، ولأنه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيع الأعيان ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحا أو عضوضا أو أشباه ذلك ، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يتنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من النقائص .

ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكترى خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئا فشيئا ، فإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وإن رضى المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضى به ناقصا فأشبهه ما لو رضى بالمبيع معيبا .

وان اختلفا في الموجود هل هو عيب أو لا ؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة ، فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تتعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فليس له فسخ وإن قالوا هو عيب فله الفسخ ، هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها ، فأما إن كانت موصوفة في الذمة لم يفسخ العقد وعلى المكري إبدالها لأن العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فللمكترى الفسخ أيضا .

(فصل)

وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام ، لأن عليه التمكن من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكن من الانتفاع فوجب عليه ، فإن ضاعت بغير تفريط من المكترى فعلى المكري بدلها لأنها أمانة في يد المكترى فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها ، وعليه بناء حائط إن سقط وإبدال خشبه إن انكسر ، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء لأن بذلك

يمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى ،
وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدا منها لأن الانتفاع ممكن بدونه وأما تنقية
البالوعة والكنف فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكترى لأن ذلك مما
يمكن به من الانتفاع ، وإن امتلأت بفعل المكترى فعليه تفريغها وهذا قول
الشافعى ، وقال أبو ثور هو على رب الدار لأن به يمكن من الانتفاع فأشبه ما لو
أكثرى وهى ملأى ، وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه
على رب الدار ، لأن عادة الناس ذلك .

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكترى فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قاشا
والقول فى تفريغ جبة الحمام التى هى مصرف الماء كالقول فى بالوعة الدار ، وإن
انقضت الإجارة وفى الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول
الشافعى وأبى ثور وأصحاب الراى .

(فصل) وإن شرط على مكترى الحمام ، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز
لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع فى بعضها ولا يجوز أن يشترط
أنه يستوفى بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدى إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة
مجهولا فإن أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكترى بالخيار بين الإمساك بكل
الأجر وبين الفسخ ، ويتخرج أن له أرش العيب قياساً على المبيع المعيب ، وإن
لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الإجارة فعليه الأجر كله لأنه استوفى المعقود عليه
فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه ، ويتخرج أن له أرش العيب كما لو اشترى
معيباً فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف فى يده .

(فصل) وإن شرط الاتفاق على العين النفقة الواجبة على المكترى كعمارة
الحمام إذا شرطها على المكترى فالشرط فاسد لأن العين ملك للوَجَر فنفقة عليها ،
وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على المكترى لأنه أنفق على ملكه بشرط
العوض ، فإن اختلفا فى قدر ما أنفق فالقول قول المكترى لأنه منكر ، فإن لم
يشترط لكن أذن له فى الاتفاق ليحتسب له من الأجر ففعل ثم اختلفا فالقول
قول المكترى أيضاً ، وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشيء لأنه أنفق على ماله بغير
إذنه نفقة غير واجبة على المالك فأشبه ما لو عمر داراً له أخرى .

« مسألة ، قال (ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فمريض أقيم مقامه من عمله والاجرة على المريض)

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الأدمى بغير خلاف بين أهل العلم وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية النعم واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا ليدلها على الطريق وذكر النبي صلى الله عليه وسلم رجلا استأجر أجراه كل أجير بفرق من ذرة وقال « انما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استأجر أجراه فقال من يعمل لي من غدوة الى نصف النهار على قيراط قيراط ؟ فعملت اليهود ، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار الى العصر على قيراط قيراط ؟ فعملت النصارى ، ثم قال من يعمل لي من العصر الى غروب الشمس على قيراطين قيراطين ؟ فعملتم أتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملا وأقل أجرا فقال هل ظلمتكم من أجركم شيئا ؟ قالوا : لا ، قال : فإنما هو فضلي أوتيه من أشاء ، ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالدور . ثم اجارته تقع على ضريين .

أحدهما : استجاره مدة بعينها لعمل بعينه كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانى حجج واستئجار الاجراء المذكورين في الخبر .

والثاني . استجاره على عمل معين في الذمة كاستئجار النبي (ص) وأبي بكر دليلا يدلها على الطريق واستئجار رجل لحياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك نوعين . أحدهما : أن تقع الإجارة على عين كإجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين .

والثاني أن تقع على عمل في الذمة كخياطة قميص وبناء حائط فمتى كانت على عمل في ذمته فمريض وجب عليه أن يقيم مقامه من عمله لانه حق وجب في ذمته فوجب عليه ايفاؤه كالمسلم فيه ولا يجب على المستأجر إنظاره لان العقد بإطلاقه يقتضى التعجيل ، وفي التأخير اضرار به ، فأما ان كانت الإجارة على عبده في مدة أو غيرها فمريض لم يقيم غيره مقامه لان الإجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته ، وعمل غيره ليس معقود عليه وانما وقع العقد على معين فأشبه ما لو اشترى

معيناً لم يجز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في الذمة فإنه يجوز ابدال المعيب ، ولا يفسخ العقد بتلف ما تسلبه والمبيع المعين بخلافه ، فكذلك الاجارة وان كانت الاجارة على عمل في الذمة لكنه لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير ، لان الغرض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الاعيان .

(فصل ، يجوز الاستئجار لحفر الآبار والانهار والقنى لانها منفعة معلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الاجارة عليه كالخدمة ، ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قيده بمدة نحو أن يقول استأجرتك شهراً لتحفر لي بئراً أو نهراً لم يحتاج الى معرفة القدر ، وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً ، ويحتاج الى معرفة الارض التي يحفر فيها ، وقال بعض أصحابنا : لا يحتاج الى معرفتها ، لان الغرض لا يختلف بذلك ، والاول أولى ان شاء الله ، لان الارض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقاً ، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه ، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لان الموضع يختلف بالسهولة والصلابة ، ولا ينضبط ذلك بالصفة ، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه ، لان العمل يختلف بذلك فإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكن الحفر الا بذلك فقد تضمنه العقد فان تهوى تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله ، وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولم يتضمن عقد الاجارة رفعه ، وان وصل الى صخرة أو جراد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهدته من الارض ، وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف ، فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فاذا فسخ كان له من الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل . فيقال كم أجر ما عمل ؟ وكم أجر ما بقي ؟ ويقسط الاجر المسمى عليهما ، ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه ، وان نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا .

فصل

ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا ، ويكون على مدة أو عمل ، فإن قدره بالعمل احتاج الى تبين عدده . وذكر قالبه وموضع الضرب ، لأن الأجر يختلف باختلافه لكون التراب في بعض الأماكن أسهل والماء أقرب ، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز ، كما إذا كان المكبال معروفاً ، وإن قدره بالطول والعرض والسبك جاز ، ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب إذا لم يكن معروفاً لأن فيه غرراً ، وقد يتلف القالب ولا يصح ، كما لو أسلم في مكبال بعينه . (فصل) ويجوز الاستئجار للبناء وتقديره بالزمان أو العمل ، فإن قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه ، لأنه يختلف أيضاً بقرب الماء وسهولة التراب ، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسبكه ، وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد وأجر أو غير ذلك .

قال ابن أبي موسى . وإذا استأجره لبناء ألف ليلة في حائطه أو استأجره يبنى له فيه يوماً فعمل ما استأجره عليه ثم سقط الحائط فله أجره لأنه وفي العمل ، وإن قال : أرفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط ، فعليه إعادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الأذرع ، وهذا إذا لم يكن سقوطه في الأول الأمر من جهة العامل . فاما ان فرط أو بناء محلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان وتجبصها ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف فمنه رقيق ونخين وأرض السطح تختلف فمنها العالي ومنها النازل وكذلك الحيطان ، فلذلك لم يجز إلا على مدة

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعراً مباحاً أو سجلات ، نص عليه في رواية مثنى بن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم ير به بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ذكر عدد الأوراق وقدرها وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه ، فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز ، وإن أمكن ضبطه بالصفة ضبطه وإلا فلا بد من مشاهدته لأن الأجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع

ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه ، وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز ، وإذا أخطأ بالشئ اليسير الذي جرت العادة به عفى عنه ، لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وإن أسرف في الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ؛ قال ابن عقيل : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلظه ، ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك كل الأعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالقصاراة والنساجة ونحوهما .

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً في قول أكثر أهل العلم . وروى ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار . وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المصحف — بالاجر . ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القرية فكره الأجر عليه كالصلاة .

ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه ككتابة الحديث ، وقد جاء في الخبر ، أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله ،

فصل

ويجوز أن يستأجر لحصاد زرع ، ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم : وكان إبراهيم بن آدم يؤجر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين ، مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقى زرع وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً ليحتطب له ، لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع

قال أحمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم ، فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضرر باشتغاله عن عمله لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا أنه إذا لم يستضرر لا يرجع بشئ . لأنه أكثره لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء ، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في

حال عمله ، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه ، ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره ، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها ، بما لو عمل لنفسه . وقال القاضى معناه أنه يرجع عليه بالاجر الذى أخذه من الآخر ، لأن منافعه فى هذه المدة مملوكة لغيره ، فما حصل فى مقابلتها يكون للذى استأجره

(فصل) ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص فى النفس فما دونها ، وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز فى النفس ، لأن عدد الضربات يختلف ، وموضع الضربات غير متعين ، إذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف فكان مجهولا

ولنا أنه حق يجوز التوكيل فى استيفائه لا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فجاز الاستئجار عليه كالقصاص فى الطرف ، وقوله إن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب ، فإن عدد الغرزات مجهول : وقوله أن محله غير متعين ، قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته ، كموضع الخطاطة من حاشية الثوب والاجر على المقتصر منه ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ومالك هو على المستوفى لأنه غير متعين فليس على المقتصر منه الا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخلة ولنا أنه أجر يجب لإيفاء حق ، فكان على الموفى كأجر الكيال والوزان وما ذكرناه غير صحيح ، فإن القطع مستحق عليه بخلاف الثمرة ، بدليل أنه لو مكته من القطع فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص ، ولو كان التمكين تسليما لسقط حقه كالثمرة

فصل

ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق ، فإن النبى (ص) وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هاديا خريتا ، وهو الماهر بالهداية ، ليدلها على طريق المدينة ، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمل معلوم أو فى مدة معلومة ، وبهذا قال مالك والثورى والشافعى وأصحاب الراى ولا نعلم فيه مخالفا

وقد روى فى حديث سويد بن قيس : أتانا رسول الله (ص) فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر ، فقال رسول الله (ص) وزن وأرجح ، رواه أبو داود

ويجوز استئجار رجل ليلازم غريباً يستحق ملازمته ، وسئل أحمد عن ذلك فقال : لا بأس قد شغلته ، وقال في موضع آخر : غير هذا أعجب الى : كرهه لأنه يؤول الى الخصومة وفيه تضيق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالماً فيساعده على ظلمه لكنه جائز في الجملة لأن الظاهر أنه محق فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحق ولهذا أجزنا للموكل فعله .

(فصل)

ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثوري وحامد .

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجر عشرة أيام يشتري له فيها لأن المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار ، فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف — درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً ، وإن قال : كلما اشترى ثوباً فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة يضمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والأجر يختلف باختلافها فإن اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجازات الفاسدة .

(فصل) وإن استأجر لبييع له ثياباً بعينها صح . وبه قال الشافعي : وقال أبو حنيفة لا يصح ، لأن ذلك يتعذر عليه فأشبهه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كسواء الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمان فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقولهم . إنه غير ممكن لا يصح ، فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صححت المضاربة ، ولا تكون إلا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه ، فإنه متعذر وإن استأجره على شراء ثياب معينة : احتمل أن لا يصح لأن ذلك لا يكون إلا من واحد ، وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه فهو كالموكل استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن

يصح لأنه يمكن في الجملة فإن حصل من ذلك شيء ، استحق الاجر وإلا بطلت الإجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشتري .

(فصل) ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لأنه تجوز النيابة فيه ولا يختص عاملاً بكونه من أهل القرية ، قال أحمد : أجير المشاهرة يشهد الأعياد والجمعة ولا يشترط ذلك ، قيل له فيطوع بالركعتين ؟ قال مالم يضر بصاحبه إنما أباح له ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف — بترك معتكفه لها .

وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات السنة ، وقال أبو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، وقال أحمد يجوز للرجل أن يستأجر الامة والحره للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحره ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا الى شعرها إنما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكم قبلها : وفرق بين الامة والحره لانهما يختلفان قبل الإجارة فكذلك بعدها

مسألة ، قال (وإذا مات المكري والمكترى أو أحدهما فالإجارة بحالها)

هذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبتى وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الإجارة بموت أحدهما لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لأنه ما عقد مع الوارث . وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته . ولنا أنه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات وما ذكره لا يصح فإنا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملكته عليه الأجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكره لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا .

(فصل) وإن مات المكتر ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كن يموت في طريق مكة ويخلف جله الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد أن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة لأنه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبه ما لو غصبت ، وإن بقاء العقد ضرر في حق المكتر والمكتر لأن المكتر يجب عليه الكراء من غير نفع والمكتر يتمتع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه .

وقد نقل عن أحمد في رجل اكترى بعيراً فمات المكتر في بعض الطريق فإن رجع البعير خاليا فعليه بقدر ما وجب له ، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لأنه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبه ما لو اكترى من يقطع له ضرره فبراً أو انقطع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليحل عنه فبراً أو ذهب ، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث .

وتناولها القاضي على أن المكتر قبض البعير ومنع الورثة من الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لأنه لا يفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها ولا يصح هذا لأنه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الأجر ، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لأن المعقود عليه انتفاعه وهذا لا يؤيس منه بالحبس فإنه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة إما بأجير أو غيره بخلاف الميت فإنه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبه ما ذكرنا من الصور .

(فصل) إذا أجير الموقوف عليه الوقف مدة فمات في أثنائها وانتقل إلى من بعده فقيه وحيهان .

أحدهما : لا تنفسخ الاجارة لأنه أجز ملكه في زمن ولايته فلم يطل بموته كما لو أجير ملكه الطلاق .

والثاني : تنفسخ الاحبارة فيما بقي من المدة لاننا تبينا أنه أحبر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أحبر دارين أحدهما له والاخرى لغيره وذلك لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف الطلق فان المالك يملك من حصة الموروث فلا يملك الا ما خلفه، وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل الى الوارث، والمنافع التي أحبرها قد خرجت عن ملكه بالاحبارة فلا تنتقل الى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من حصة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح . ويتخرج أن تبطل الاحبارة كلها بناء على تفريق الصفقة ، وهذا التفصيل مذهب الشافعي . فعلى هذا ان كان المؤجر قبض الاحبر كله وقلنا تنفسخ الاحبارة فلن انتقل اليه الوقف — أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاحبر ، وان قلنا لا تنفسخ رجوع من انتقل اليه الوقف — على التركة بحصته .

(فصل)

وان أحبر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فقال أبو الخطاب : ليس له فسخ الاحبارة لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجته ويحتمل أن تبطل الاحبارة فيما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في احبارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما اذا أحبره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها ، مثل أن أحبره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لاننا نتيقن أنه أحبره فيها بعد بلوغه ، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وبين ما اذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل لاننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أفضى الى أن يعقد على جميع منافع طول عمره ، والى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه ، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : اذا بلغ الصبي له الخيار لانه عقد على منفعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا اعتقت تحت زوج :

ولما أنه عقد لازم عتده عليه قبل أن يملك التصرف فإذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده، وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد لأجل العيب لا لما ذكره : ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الولي المؤجر للعبد أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده لأنه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه ، ويفارق ما لو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثناءها لأنه أجر ملك غيره بغير إذنه في مدة لا ولاية له فيها وهنا إنما يثبت للولي الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول وهذا العقد قد تصرف فيه الأول فلم تثبت للثاني ولاية على ما تناوله .

(فصل)

وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثناءها صح العتق ولم يبطل عقد الإجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قول الشافعي : وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لأن المنافع تستوفي منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

ولما أنها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع يدها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المأكره فإنه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي إذا بلغ المعنى الذي ذكره ثم .

ولما أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا يفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها : إذا ثبت هذا : فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه كما كانت وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على معتقه لأنه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفقه ولأن العبد لا يقدر على نفقة نفسه لأنه مشغول بالإجارة ولا على المستأجر لأنه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق إلا أنها على المولى .

(فصل) إذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر

أو لغيره وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب .

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الأمة المزوجة وابن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه ، وقال أبو حنيفة : البيع موقوف على إجازة المستأجر فإن أجازها جاز وبطلت الاجارة وإن رده بطل .

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر إجارته كبيع الأمة المزوجة ، إذا ثبت هذا فإن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ونفعها إنما يستحقه إذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه إلا في وقته ، فإن لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن ، لأن ذلك عيب ونقص .

(فصل) فإن اشترى المستأجر صبح البيع أيضا لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين في يده وهل تبطل الاجارة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا تبطل . لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك انثرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صححت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة ، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره والثاني : تبطل الاجارة فيما بقي من المدة ، لأنه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح فإنه لو تزوج أمة ثم اشترى بطل نكاحه ، ولأن ملك

الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع اسدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الاحير فيما بقى من مدة الإجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وان كان المؤجر قد قبض الأجر كله حسب عليه باقى الأجر من الثمن .

(فصل) وان ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها فى بطلان الاجارة أو بقاءها الا أنه لا فرق فى الحكم بين فسخ الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من أخيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابنين أحدهما هو المستأجر فان الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لان النصف الذى لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذى ورثه يستحقه اما بحكم الملك واما بحكم الاجارة وما عليه من الاحير بينهما نصفين .

وان كان أبوه قد قبض الاحير لم يرجع بشئ منه على أخيه ولا تركه أخيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشئ أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفاً مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما فى الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذى انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التى انتقضت الاجارة فيها اذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره .

(فصل) وان اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها ، فان قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع ففى باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وان قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين ، وان كان المشتري أحبنيديا فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغى أن تعود المنفعة الى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر فاذا سقط العوض عاد اليه المعوض ، ولان المشتري ملك العين مسلوقة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه ما لم يملكه .

وقال بعض أصحاب الشافعى : يرجع الى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة ، وانما استحققت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج ، ولا يصح هذا القياس فان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشئ من الصداق

فما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الأجر في الإجارة فإن المؤجر يستحق الأجر في متبالة المنفعة مقسوما على مدتها فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلية فزال بالفسخ رجع إليه معوضها وهو المنفعة . ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت إلى البائع للملك بغيرها ولأنها عمالا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها .

(فصل)

وإذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو حملاً للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها ، وإن خرجت ، مستحقة تبين أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك إبدالها لأن العقد على معين فثبتت هذه الأحكام كما لو اشترى عبداً ، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الأحكام فمضى سلم إليه عينا فتلفت لم تنفسخ الإجارة ولزم المؤجر إبدالها ، وإن خرجت موصوبة لم يبطل العقد ولزمه بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردها فكذلك . لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في إبطال العقد ، كما لو اشترى بئس في الذمة على ما قرر في موضعه

فإن قيل فقد قلتم من أكرى حملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ، ولو أكرى أرضاً للزراعة شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر ، فلم قلتم إذا أكرى حملاً بعينه لا يجوز أن يبدله ؟

قلنا لأن المعقود عليه منفعة العين فلم يجوز أن يدفع إليه غير المعقود عليه ، كما لو اشترى عينا لا يجوز أن يأخذ غيرها ، والراكب غير معقود عليه إنما هو مستوف للمنفعة ، وإنما تشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقوداً عليه ، وكذلك الزرع في الأرض فانما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها ، كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع ، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الأرض انفسخت الإجارة ، ولو مات الراكب أو تلف البئر لم تنفسخ الإجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا

« مسئله ، قال (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره إذا كان يقوم مقامه /

وجملته أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه ويضع فيه ما حبرت عادة الساكن به من الرجال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها ، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين لأن ذلك يضر بها ، ولا يجعل فيها الدواب لأنها تروث فيها وتفسدها ، ولا يجعل فيها السرحيين ولا رحي ولا شيئاً يضر بها ، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلاً فوق سقف ، لأنه يشقه ويكسر خشبه ، ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها إلا أن يشترط ذلك . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن كان كذلك لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه . والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه لحاز ، كما لو وكل وكيلًا في قبض المبيع أو دين له ولم يملك فعل ما يضر بها لأنه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله ، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه ، فأما أن يجعل الدار مخزناً للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك ، لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ، ويحتمل أن لا يجوز لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

(فصل)

وإذا اكترى داراً جاز إطلاق العقد ولم يحتاج إلى ذكر السكنى ولا صفتها . وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي ، لأن السكنى تختلف ، ولو اكترأها لبسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه .

ولنا أن الدار لا تكترى إلا للسكنى فاستغنى عن ذكره كإطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف به والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتاج إلى ضبطه ، وما ذكره لا يصح فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يكتن ضبط ذلك فاجتزى . فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غير من ذكره وللكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى للركوب

(فصل)

وإذا اكثرى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفي أقل منه لانه يستوفي بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه لا يملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوى في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضى . يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب تثقل على الركوب وتضر به ، قال الشاعر .

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقال على أعجازها عنف
ولنا أن التفاوت في هذه الامور بعد التساوى في الثقل يسير فعفى عنه ولهذا
لا يشترط ذكره في الإجارة ولو اعتبر ذلك لاشتطت معرفته في الإجارة
كالثقل والحفة .

(فصل) فإن شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس
قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فإنه قال فيمن شرط أن يزرع في الارض
حنطة ولا يزرع غيرها ، يبطل الشرط ويصح العقد ، ويحتمل أن يصح الشرط
وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر
فلا يملك ما لم يرض به ، ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ،
وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافى موجب العقد إذ موجب ملك المنفعة
والتسلط على استيفائها بنفسه ونائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط
ينافى ذلك فكان باطلا ، وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان أصحابنا لا يبطله لانه
لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضراً فالغى وبقي العقد على مقتضاه ، والآخر يبطله
لانه ينافى مقتضاه فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع .

(فصل) ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها ، نص عليه
أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبى سليمان
ابن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والثورى والشافعى وأصحاب الراى ، وذكر القاضى
فيه رواية أخرى . أنه لا يجوز ، لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم

يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولانه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجوز
كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والاول أصح لان قبض العين قام مقام قبض
المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ويبطل
قياس الرواية الاخرى لهذا الاصل .

إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إيجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما تقدم
فأما إيجارته قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين ، وهذا قول
أبي حنيفة والمشهور من قول الشافعي ، لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في
جواز العقد عليها القبض كالأعيان ، والآخر يجوز وهو قول بعض الشافعية ، لان
قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه ، فأما إيجارته
قبل القبض من المؤجر فإذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيها ههنا وجهان .
أحدهما : لا يجوز ، لانه عقد عليها قبل قبضها .

والثاني : يجوز ، لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي ، وأصلهما بيع
الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على
روايتين ، فأما إيجارته بعد قبضها من المؤجر فجازة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال
أبو حنيفة : لا يجوز ، لان ذلك يؤدي الى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق
على الكراء فإذا اكترأها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه
وهذا تناقض .

ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ، وما ذكرناه لا يصح
لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه
تسليم العين فإذا اشترأها استحق تسليمها ، فإن قيل التسليم ههنا مستحق في جميع
المدة بخلاف البيع ، قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر
غير أن العين من ضمان المؤجر فإذا تعذرت المنافع ب تلف الدار وغصبها رجع عليه
لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه .

(فصل) ويجوز للمستأجر اجارة العين بمثل الاجر وزيادة نص عليه أحمد ،
وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهرى وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ،
وعن أحمد أنه ان أحدث في العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة والا لم تجز

الزيادة فإن فعل تصدق بالزيادة ، روى هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ، ولأنه يربح فيما لم يضمن فلم يجوز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ، ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها لأن الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية ثالثة إن أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجوز ، وكره ابن المسيب وأبو سلة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقاً لدخولها في ربح ما لم يضمن .

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فإنها لو فأت من غير استيفائه كانت من ضمانه . ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح وههنا جائز في الجملة ، وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

(فصل) ونقل الأثرم عن أحمد أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء قلت ، أليس كان الخياط أسهل عندك إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً : قال إذا عمل عملاً فهو أسهل ، قال النخعي : لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو إبراً أو يخطط فيها شيئاً فإن لم يعن فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنيًا على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤثره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكإجارة العين .

(فصل) وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر ، وقال أحمد إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرأ فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأساً إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للعقود عليها في الضرر لم يجوز لأنه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه ، فإذا اكترى دابة ليحمل عليها حديدأ لم يحمل عليها قطناً لأنه يتجافى

وتهب فيه الريح فيتعيب الظهر . وان اكترها حمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لأنه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اكتره ليركبه لم يجز أن يحمل عليه لأن الراكب يعين الظهر بحركته ، وإن اكتره ليحمل عليه لم يجز أن يركبه لأن الراكب يقعد في موضع واحد فيثقل على الظهر ، والمتاع يتفرق على جنبيه ، وان اكتره ليركبه عرباً لم يجز أن يركبه بسرج لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وان اكتره ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عرباً لأنه إذا ركب عليه من غير سرج حمى ظهره وربما عقره ، وان اكتره ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه فلو اكترى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البرذون إذا كان أثقل من سرجه وان اكترى دابة بسرج فركبها بأكثر أثقل منه أو أضر لم يجز وان كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً وعليه الاجر وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور .

(فصل) وان اكترى دابة ليركبها في مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها أفراد العدو لبا إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضر منها أو تخالف ضررها بأن تكون أحدهما أحسن والآخرى أخوف لم يجز وان كان مثلها في السهولة والخزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي ، لان المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب ، ويقوى عندي أنه متى كان للسكركى غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدو إلى غيرها مثل من يكرى جماله إلى مكة فيجرح معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ولو اكترها إلى بغداد لكون أهلها بها أو ببلد العراق لم يجز الذهاب بها إلى مصر ، ولو اكترى جماله جملة إلى بلد لم يجز للمستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبقاياها إلى جهة أخرى وذلك لأنه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجز تفويته كما في حق المكترى فاته لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى إليه لم يجز وكما لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك .

(فصل) ويجوز أن يكرى قبصاً ليلبسه لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه لجازت اجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة ، وان كانت عادة

أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل فعليه نزعه في ذلك لان الإطلاق يحمل على المعتاد وله لبسه فيما سوى ذلك وان قام نهاراً لم يكن عليه نزعه لانه العرف ويلبس القميص على ما جرت العادة به ولا يجوز أن يتزربه لانه يعتمد عليه فيشقه وفي اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدى به لانه أخف — ، ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف — منه وقيل فيه وجه آخر أنه لا يجوز لانه استعمال لم تجر العادة به في القميص أشبه الاتزار به .

فصل : وان استاجر أرضاً صبح لما تقدم ، ولا يصح حتى يرى الأرض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف الا بالرؤية لانها لا تنضب بالصفة ، ولا يصح حتى يذكر له ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء لان الأرض تصلح لهذا كله وتأثيره في الأرض يختلف فوجب بيانه . فان قال : أجزتكم لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما فأشبهه ما لو قال بعثك أحد هذين العبدین وان قال لتزرعها ما شئت أو تغرسها ما شئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدري كم يزرع ويغرس . وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها .

ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشئین فصح كما لو قال لتزرعها ما شئت . ولان اختلاف الجنسین كاختلاف النوعین ، وقوله لتزرعها ما شئت اذن في نوعین وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسین وله أن يغرسها كلها ، وان أحب زرعها كلها كما لو اذن له في أنواع الزرع كله كان زرع جميعها نوعاً واحداً وله زرعها من نوعین كذلك ههنا .

وان أكرها للزرع وحده ففيه أربع مسائل

أحدها : أكرها للزرع مطلقاً أو قال لتزرعها ما شئت فإنه يصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعي ، وحكى عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لان ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء .

ولنا أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الأنواع لانها

دونه فإذا عمم أو أطلق تناول إلا أكثر وكان له مادونه ويخالف الأجناس المختلفة فإنه لا يدخل بعضها في بعض ، فإن قيل فلو أكثرى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب ، قلنا لأن إجارة المركوب لا أكثر الركاب ضرراً لا تجوز بخلاف المزروع وإن للحيوان حرمة في نفسه فلم يجوز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض ، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجوز أن يسكنها من يضرها كالمقصر والحداد فلم قلتم إنه يجوز أن يزرعها ما يضر بها ؟ قلنا السكنى لا تقتضى ضرراً فلذلك منع من إسكان من يضر بها لأن العقد لم يقتضيه والزرع يقتضى الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فلهذا جاز وليس له أن يغرس في هذه الأرض ولا يبني لأن ضرره أكثر من المعقود عليه .

المسألة الثانية : أكرها لزرع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما بعينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم إلا داود وأهل الظاهر فإنهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجوز له أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجوز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن .

ولنا أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ولهذا يستقر عليه العوض بمضى المدة إذا تسلم الأرض وإن لم يزرعها وإنما ذكر القمح لتقديره بالمنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره وفارق المركوب والدراهم في الثمن فإنهما معقود عليهما فتعيننا والمعقود عليه ههنا منفعة مفدرة وقد تعينت أيضاً ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون **المسألة الثالثة .** قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتى قبلها إلا أنه لا يخالف فيها لأنه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الاشكال .

المسألة الرابعة : قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضى أن الشرط باطل لأنه يناهى مقتضى العقد لأنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لأنه لا ضرر فيه ولا غرض لأحد المتعاقدين لأن ما ضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبهه

شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه ، وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكترى الدار أنه لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط ووجها آخر في فساد العقد فيخرج ههنا مثله (فصل) وإن أكرها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه ، لأن كل واحد منهما يضر بباطن الأرض ، وليس له البناء لأن ضرره يخالف لضرره فانه يضر بظاهر الأرض ، وإن أكرها للزرع لم يكن له العرس ولا البناء لأن ضرر الغرس أكثر وضرر البناء يخالف لضرره ، وإن أكرها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لأن ضررها يخالف لضرره .

(فصل : ولا تخلو الأرض من قسمين :

أحدهما . أن يكون له ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر في الزرع أو من عين تابعة أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ثم يسقى به أو من شر يقوم بكفائتها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض وقرب الماء الذي تحت الأرض فهذا كله دائم ، ويصح استجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الأرض التي تشرب من مياه الأمطار ويكتفى بالمعتاد منه لأن ذلك بحكم العادة ولا ينقطع إلا نادرا فهو كسائر الصور المذكورة .

والثاني : أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان . أحدهما : ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه ؛ وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة برد أو ما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر فهذه تصح إيجارها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده ، وحكى ابن الصباغ ذلك مذهباً للشافعي ، وقال أصحابه إن أكرها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها لأنها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أو لا .

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده لجازت إجارة الأرض الشاربة به كالشاربه من مياه الأمطار ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالسلم في الفاكهة إلى أوانها .

النوع الثاني : أن يكون مجيء الماء نادراً أو غير ظاهر كالارض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيشه نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبية فهذه إن أجرها بعد وجود ماء يستقيم به مسح أيضاً لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إيجارها كذات الماء الدائم ، وإن أجرها قبله للغرس أو الزرع لم يصح لأنه يتعذر الزرع غالباً ويتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح إيجارها كالأبق والمغصوب ، وإن اكترأها على أنها لا ماء لها جاز لأنه يمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها ، وله أن يزرعها رجاء الماء ، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعها الممكن استيفائها وليس له أن يبنى ولا يغرس لأن ذلك يراد للتأبد وتقدير الإجارة بمدة تقتضى تفريغها عند انقضاءها .

فإن قيل فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة ، قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسألتنا ، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه ما لو شرطاه ، وإن لم يعلم عدم مائها أو ظن المكترى أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد ولأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها ، وقيل لا يصح العقد مع الإطلاق وإن علم بحالها لأن إطلاق كراء الأرض يقتضى الزراعة والأولى صحته لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكتفى الزرع فهي كالتى لا ماء لها . ومذهب الشافعى في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اكترى أرضاً غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل ؛ لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالباً ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة الى الزراعة كارض مصر في وقت مد النيل صح العقد لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة ،

وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يحز إيجارها لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة .

(فصل) ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار المكتري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً وهو مذهب الشافعي لأن التالف غير المعقود عليه ، وإنما تلف مال المكتري فيه فأشبهه من اشترى دكاناً فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكتري الانتفاع بالأرض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك فالأجر لازم له لأن تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين ، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع ماؤها فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين ، وإن تلف الزرع بالك فليس على المؤجر ضمانه لأنه لم يتلفه مباشرة ولا بسبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بخصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء ، وكذلك إن انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو يسوء حاله به .

(فصل) وإذا استأجر أرضاً للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكاله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بعد المدة من أخذه بالقيمة أو تركه بالأجر لما زاد على المدة لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه ، وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الأرض فله ذلك لأنه يزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الأرض ، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس مذهبنا ما ذكرناه .

الحال الثاني : أن يكون بقاءه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرده أو غيره فإنه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي وله المسمى وأجر

المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني : قالوا يلزمه نقله لأن المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل .

ولنا أنه حصل الزرع في أرض غيره بإذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضا فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع ، وقولهم : إنه مفريط غير صحيح لأن هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها وفي زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطا ، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يترك مثله في الإجارة فللمالك منعه لانه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لانه في أرض يملك نفعها ولانه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها الى المؤجر فارغة .

(فصل) وإذا اكرت الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن يكرت خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة نظرنا فان شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لانه لا يفضى الى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لا أخذه إياه قصيلا أو غيره ويلزمه ما التزم ، وان أطلق العقد ولم يشترط شيئا احتمل أن يصح لان الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيرا يأخذه قصيلا صح العقد ، لان الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن وان لم يكن كذلك لم يصح لانه اكرت للزرع مالا ينتفع بالزرع فيه أشبه إجارة السبخة له ، فان قلنا : يصح فان انقضت المدة فقيه وجهان .

أحدهما : حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته لانه ههنا مفريط ، واحتمل أن يلزم المكري تركه بالأجر لان التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكمل فيها ، وان شرط تبقية حتى يكمل فالعقد فاسد لانه جمع بين متضادين فان تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولان مدة التبقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كاتى تقدمت .

(فصل)

إذا أجره للغراس سنة صح لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع ، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق ، وله أن يغرس قبل انقضاء المدة ، فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس لزوال عقده ، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ولا على المكتري تسوية الحفر وإصلاح الأرض لأنها دخلا على هذا لرضاهاما بالقلع واشتراطها عليه ، وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره جاز إذا شرطامدة معلومة . وكذلك لو اكتري الأرض سنة بعد سنة كلها انقضى عقد جدد آخر جاز . وإن أطلق العقد فللمكتري القلع ، لأن الغرس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها ، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر ، لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه ، وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة وهنا وفي التي قبلها ، لأن القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ، ولأنه تصرف في الأرض تصرفا نقصها لم يقتضه عقد الاجارة ، وإن أبي القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ ، وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة ومالك : عليه القلع من غير ضمان النقص له لأن تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزراعة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : ليس لعرق ظالم حق ، مفهومه أن ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ، ولأنه غرس يأذن المالك ولم يشترط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص ، كما لو استعار منه أرضا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فإنه لا يقتضي التأييد

فإن قيل : فإن كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأييد فشرط القلع يناقض مقتضى العقد فينبغي أن يفسده . قلنا إنما اقتضى التأييد من حيث أن العادة في الغراس التيقية ، فإذا أطلقه حمل على العادة ، وإذا شرط خلافه جاز ؛ كما إذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة شرطا يخالف العادة . إذا ثبت هذا فإن رب الأرض يغير بين ثلاثة أشياء

أحدها أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه

والثاني أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرش نقصه

والثالث أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل . وبهذا قال الشافعي وقال مالك : يخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين ، وليس بصحيح لأن الغراس ملك لغارسه لم يدفع إليه عنه عوض ولا رضى بزوال ملكه عنه فلا يزول عنه كسائر الغرس ، وإن اتفقا على بيع الغراس والبناء للمالك جاز . وإن باعها صاحبها لغير مالك الأرض جاز ومشتريهما يقوم فيهما مقام البائع

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : ليس له بيعهما لغير مالك الأرض لأن ملكه ضعيف — بدليل أن لصاحب الأرض تملكه عليه بالقيمة من غير اذنه . ولنا أنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الأرض لحاز لغيره كشقص مشفوع ، وبهذا يبطل ما ذكروه ، فإن للشفيع تملك الشقص وشراؤه ويجوز بيعه لغيره ، فأما إن شرط في العقد ببقية الغراس ؛ فقد ذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء ، وهو قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن يبطل العقد لأنه شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ، ولأن الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله ، كشرط ببقية الزرع بعد مدة الاجارة

« مسألة ، قال (ويجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته) »

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك ، وهو مذهب مالك وإسحاق وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضى الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها ، اختارها القاضي ، وهذا مذهب أبي حنيفة لأن ذلك مجهول ، وإنما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لمن النفقة والكسوة

على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها ، لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك والوارث ليس بزواج ، ولأن المنفعة في الحضائنة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروى عنه رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال لا في الظئر ولا في غيرها ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً فيكون مجهولاً والآخر من شرطه أن يكون معلوماً .

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال . كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقراً (طس) حتى بلغ قصة موسى قال : إن موسى أجر نفسه ثمانى حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه . وعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه قال : كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطنى وعقبة رجلى أحطب لهم إذا نزلوا وأحدو بهم إذا ركبوا ، ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له تكبير فكان إجماعاً ، ولأنه قد ثبت في الظئر بالآية فيثب في غيرها بالقياس عليها ، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ، ولأن الكسوة عرفاً وهى كسوة الزوجات والإطعام عرف وهو الإطعام في الكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد ، ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضاً في الرضاع جاز في الخدمة كالأثمان

إذا ثبت هذا فإنها إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت الى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله .

قال أحمد : إذا تشاحا في الطعام يحكم له بمد كل يوم ، ذهب به الى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ، ولأن الإطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ، وليس له إطعام الأجير الا ما يوافقه من الأغذية لأن عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه (فصل) وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع ، وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر .

قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت ، وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفاً جاز لأنه معلوم ، أشبه مالهو شرط دراهم معلومة ، ويكون ذلك للأجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه ، وإن لم يكن موصوفاً لم يجز لأن ذلك مجهول ، احتمال فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه وجرت العادة به فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك ، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لأنه مجهول ولا عرف له يرجع إليه ، ولا نعلم أحداً قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفاً فيجوز .

فصل

وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لأنها عوض فلا تسقط بالغنى عنه كالدراهم ، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لأنه لم يشترط له الاطعام إلا صحيحاً لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له الأجير ما يصلح لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه فلا يلزم به كالتزائد في القدر .

(فصل) إذا دفع إليه طعامه فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فإن كان المؤجر دفع إليه أكثر من الواجب لياكل قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لا يأكل كله ضرر على المؤجر بأن يضعف عن العمل أو يقل لبن الظئر منع منه لأنه في الصورة الأولى لم يملكه إياه ، وإنما أباحه أكل قدر حاجته وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته ، فمنع منه ، كالجمل إذا امتنع من علف الجمل ، وإن دفع إليه قدر الواجب من غير زيادة ، أو دفع إليه أكثر وملكه إياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لأنه حق لا ضرر على المؤجر فيه فأشبه الدراهم

(فصل) وإن قدم إليه طعاماً فتهب أو تلف قبل أكله نظرت فإن كان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لأنه لم يسلمه إليه ، فكان تلفه من ماله ، وإن خصه بذلك وسلمه إليه فهو من ضمان الأجير ، لأنه تسليم عوض على وجه التملك أشبه البيع .

(فصل) إذا دفع إلى رجل ثوباً وقال بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح ،

نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد . وروى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال ابن سيرين وإسحاق ، وكرهه النخعي وحامد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم

ولنا ما روى عطاء عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يعطى الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بعه بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف ، ولأنها عين تنمى بالعمل فيها أشبه دفع مال المضاربة إذا ثبت هذا فإن باعه بزيادة فهي له لأنه جعلها أجرة ، وإن باعه بالقدرة المسمى من غير زيادة فلا شيء له لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة ههنا فهو كالمضارب إذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع لأنه وكيل مخالف ، وإن تعذر رده ضمن النقص . وقد قال أحمد يضمن النقصان مطلقاً . وهذا قد مضى مثله في الوكالة

وإن باعه نسيئة لم يصح البيع ، لأن إطلاق البيع يقتضى النقد لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح ، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء لأنه يحصل لرب المال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لرب المال في الربح بحال ؛ ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو في النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه .

وقال أحمد في رواية الأثرم : ليس له شيء — يعني إذا زاد على العشرة — لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالا ، فإذا باعها نسيئة فلم يمثل الأمر فلم يستحق شيئاً .

(فصل)

قال أحمد رحمه الله في رواية مهنا : لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه ، وهو أحب إلى من المقاطعة ، إنما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهي أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوماً ، واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة ، لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه ، وههنا يكون أقل منه ضرورة

«مسألة ، قال (وكذلك الظئر)»

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه .
وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهى المرضعة . وهو فى كتاب الله تعالى
فى قوله سبحانه وتعالى (فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) واسترضع النبي
صلى الله عليه وسلم لولده إبراهيم . ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعاها إلى غيره
فإن الطفل فى العادة إنما يعيش بالرضاع ، وقد يتعذر رضاعه من أمه ، فجاز ذلك
كالإجارة فى سائر المنافع ، ثم ننظر فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة
دون الرضاع أو لهما جاز . وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة ؟
فيه وجهان .

أحدهما : لا تدخل . وهو قول أبى ثور وابن المنذر لأن العقد ماتناولها .
والثانى : تدخل . وهو قول أصحاب الراى . لأن العرف جار بأن المرضعة
تحضن الصبي فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف والعادة ولأصحاب الشافعى
وجهان كهذين .

والحضانة : تربية الصبي وحفظه وجعله فى سريره وربطه ودهنه وكحله
وتنظيفه وغسل خرقه وأشياء ذلك . واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الابط ومايليه
وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير ليضنه وفراخه لأنه يجعلها تحت
جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر .

(فصل) ويشترط لهذا العقد أربعة شروط .

أحدها : أن تكون مدة الرضاع معلومة . لأنه لا يمكن تقديره إلا بها . فإن
السق والعمل فيها يختلف .

الثانى : معرفة الصبي بالمشاهدة . لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي فى كبره
وصغره ونهمته وقناعته . وقال القاضى : يعرف بالصفة كالراكب .

الثالث : موضع الرضاع . لأنه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل عليها
فى بيتها . الرابع : معرفة العوض وكونه معلوماً كما سبق .

(فصل) واختلاف فى المعقود عليه فى الرضاع ، فقيل هو خدمة الصبي وحمله

ووضع الثدي في فيه تبع كالصبي في إجارة الصباغ وماء البئر في الدار ، لأن اللبن عين من الأعيان فلا يعقد عليه في الإجارة كبن غير الأدمى ، وقيل هو اللبن . قال القاضي : هو أشبه ، لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحققت الأجرة ، ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئاً ، ولأن الله تعالى قال (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) لجعل الأجر مرتباً على الارضاع فيدل على أنه المعقود عليه ، ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها . وأما كونه عيناً فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة ، لأن غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا في الأدميين دون سائر الحيوان للضرورة إلى حفظ الأدمى والحاجة إلى إبقائه

(فصل)

وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به : وللكتري مطالبتها بذلك ، لأنه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي ، ومتى لم ترضعه وإنما أسقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها ، لأنها لم توف المعقود عليه فأشبه ما لو اكترأها لحياطة ثوب فلم تحطه : وإن دفعته إلى خادمتها فأرضعته فكذلك ، وبه قال أبو ثور .

وقال أصحاب الرأي : لها أجرها لأن رضاعه حصل بفعلها .

ولنا أنها لم ترضعه فأشبه ما لو سقته لبن الغنم . وإن اختلفا فقالت أرضعته فأنكر المسترضع فالقول قولها لأنها مؤتمنة

(فصل) ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن علق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للإرضاع ، لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إيجارتها للخدمة ، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها ، لأن نفعها لسيدها ، وإن كان لها ولد لم تجز إيجارتها للارضاع إلا أن يكون فيها فضل عن ربه ، لأن الحق لولدها وليس لسيدها إلا ما فضل عنه . وإن كانت مزوجة لم تجز إيجارتها لذلك إلا بإذنه . لأنه يفوت حق الزوج لاشتغالها عنه بإرضاع الصبي وحضائته . فإن أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا يفسخ عقد الإجارة ويكون للزوج أن يستمتع بها

في حال فراغها من الرضاع والحضانة . وقال مالك : ليس لزوجها وطؤها الا برضى المستاجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه

ولنا : أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لامر مشكوك فيه وليس للسيد اجارة مكاتبتة لان منافعها اليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطأها ولا اجارتها في غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من جهات الاكتساب

(فصل) ويجوز للرجل استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف ، وان استاجر امرأته لرضاع ولده منها جاز ، هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الحرقى فقال : وان أرادت الام أن ترضعه بأجر مثلها فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة

وقال القاضى : ليس لها ذلك ، وتناول كلام الحرقى على أنها في حبال زوج آخر ، وهذا قول أصحاب الراى

وحكى عن الشافعى لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض ، فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك .

ولنا أن كل عقد يصح أن تعقد مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ، ولان منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج ، بدليل أنه لا يملك اجارها على حضانة ولدها ، ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره ، لجاز لها أخذه منه كمن مالها

وقولهم انها استحققت عوض الحبس والاستمتاع . قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر ، كالو استاجرها أولا ثم تزوجها ، وتأويل القاضى كلام الحرقى يخالف الظاهر من وجهين : أحدهما أن الالف واللام في الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل

والثانى أنها اذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به ، بل يسقط حقها من الحضانة ، ثم ليس لها أن ترضع الا بإذن زوجها ، ففسد التأويل

(فصل) وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لقوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكى عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ، ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين

ولذا أنه ملك المعقود عليه ، أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة ، وإن مات
الطفل انفسخ العقد ، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن إقامة غيره
مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنه قد يدر على
أحد الولدين دون الآخر . وهذا منصوص الشافعي : وإذا انفسخ العقد عقبيه
بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله ، وإن كان في أثناء المدة
رجع بحصة ما بقي

« مسألة ، قال (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في الخبر
إذا كان المسترضع موسراً)

يعنى بالخبر ما روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج
ابن حجاج الأسدي عن أبيه قال . قلت يا رسول الله : ما يذهب عني مذمة الرضاع؟
قال « الغرة العبد أو الأمة » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح
قال ابن الجوزي : المذمة بكسر الذا ل من الذمام وبفتحها من الذم ، قال ابن
عقيل . إنما خص الرقة بالمجازاة بها دون غيرها ، لأن فعلها في أرضاءه وحضائه
سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته ، فاستحب جعل الجزاء هبتها رقة ليناسب بين
النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمّاً ، فقال تعالى (وأمهاتكم اللاتي
أرضعنكم . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكاً
فيعتقه » وإن كانت المرضعة مملوكة استحب اعتاقها . لأنه يحصل أخص الرقاب
بها لها ، وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي (ص) مجازاة للوالد من النسب

« مسألة ، قال (ومن أكرى دابة إلى موضع لجأوزه فعليه الاجرة المذكورة
وأجرة المثل لما جاوز ، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما في الاجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل للزائد ، نص عليه أحمد
ولا خلاف فيه بين أصحابنا — ذكر القاضى ذلك — وروى الاثرم بإسناده عن
أبي الزناد أنه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول

أكثرهم وأفضلهم رأياً فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة الى بلد ثم جاوز ذلك الى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلت في ذلك كله أدى كرامها وكرام ما بعدها ، وإن تلفت في تعديها ضمنها وأدى كرامها الذي تكرارها به . وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي

وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد : لأن المنافع عندهما لا تضمن في الغصب . وحكى عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة يخير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي : لأنه متعدد يمسكها حابس لها عن أسواقها فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها ، كما لو كانت المسافة قريبة : وما ذكره تحكم لا دليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير إليه ، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب

الفصل الثاني في الضمان

ظاهر كلام الخرق وجوب قيمتها إذا تلفت به . سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن ، وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم . وقال القاضي : إن كان المكترى نزل عنها وصلها إلى صاحبها لم يسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى ، وإن هلك والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها .

وقال أبو الخطاب : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها

وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلها ، وإن كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكترى لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي ، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان

أحدهما يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها

والثاني تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فإنه قال : من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته ، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة اذا كان صاحبها مع راكمها أو تلفت في يد صاحبها .

فأما اذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكمها فلا خلاف في ضمانها بكامل قيمتها لأنها تلفت في يد عاديه فوجب ضمانها كالمغصوبه . وكذلك اذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها ، لأن اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكمها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها لكانت للراكب واصحاب الحمل ، ولأن الراكب متعدد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان ، كمن جلس الى انسان فحرق ثيابه وهو ساكت ، ولأنها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي ، كمن ألقي حجراً في سفينة موقرة فغرقها . فأما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر . فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب ، وان تلفت بسبب آخر من اقتراس سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنهم لم تلف في يد عاديه ولا بسبب عدوان

وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحتين يبطل بما اذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدواناً فمات منهما ، وفارق ما اذا جرح نفسه وجرحه غيره لأن الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل)

ولا يسقط الضمان بردها الى المسافة ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي . وقال محمد : يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها ولنا أنها يد ضامنه فلا يزول الضمان عنها الا بإذن جديد ولم يوجد ، وما ذكروه في الوديعة لا نسلمه الا أن يردها الى مالكها أو يجدد له اذناً

مسألة ، قال (وكذلك ان اكترى لحولة شيء فزاد عليه)

وجملة ذلك أن من اكترى لحمل شيء فزاد عليه ، مثل أن يكتريها لحمل قفيزين فحمل ثلاثة ، فحكمه حكم من اكترى الى موضع لجأوزه الى سواء في وجوب

الأجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت ، هذا قول الشافعي وحكي القاضي ان قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسألة الحرق ومسألة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسألتين وجهان . وليس الأمر كذلك فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً فإن الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع ، ولأنه في مسألة الحمل استوفى المتفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه . ولا يصح هذا القول في مسألة الحمل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسألة بما إذا كثرت مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ، ولأنه في مسألة الحمل متعدد بالزيادة وحدها وفي مسألة الزرع متعدد بالزرع كله فأشبهه الغاصب .

فأما مسألة الزرع فيما إذا كثرت أرضاً لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبد الله فقال ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض فجعل هذه المسألة كمسألتى الحرق في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه ما لو اكترأها إلى وضع لجأوزه ، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة ، وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسألتى الحرق ، وقال الشافعي : المكثري يخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لأن هذه المسألة أخذت شها من أصليين .

أحدهما . إذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة .

والثاني : إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها لانه زرع متعدياً فلماذا خيره بينهما ، ولانه وجد سبب يقتضى كل واحد من الحكيم وتعدر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد ؛ ومن نصر أبا بكر قال هذا متعدي بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا يملك رب الأرض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فإنه غير متعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المسكرى منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسألتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أفقرة حنطة فترك فيها أكثر منها ، ومن اكترأها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففي الأولى له المسمى وأجر الزيادة وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ما قلنا في مسألة الزرع ، وحكم المستأجر الذي يزرع أضر عما اكترى له حكم الغاصب لرب الأرض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع قرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفع النفقة وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الأجرة لا غير على ما ذكرنا في باب الغصب .

فصل

وان اكترى دابة الى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسألة الزرع يخرج فيها وجهان قياس المنصوص عن أحمد أن له الأجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ، ولانه متعد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز فإنه إنما يمنع الزيادة لا غير ، وان اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لحمل حديد فحمل قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل ههنا لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الأرض فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الإجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل ، وسائر مسائل العدوان في الإجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها والله أعلم .

(فصل) إذا أكرأه لحمل قفيزين فحملهما فوجدتهما ثلاثة فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكترى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحولة شيء فزاد عليه

وإن كان المكري تولى كيّله وتعيّنته ولم يعلم المكترى فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد ، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره ، وإن تولى ذلك أجنبي ولم يعلم المكري والمكترى فهو متعدّ عليهم يلزمه لصاحب الدابة الأجر ويتعلق به الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضع الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين إذا كاله المكترى ووضع المكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكترى لأن المكري مفرط في حمله .

ولنا أن التدليس ليس من المكترى إذ أخبره بكيلها على خلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها فأما إن كاله المكترى ورفعها المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكترى دابته إذا تلفت لأنه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغيير ، وهل له أجر القفيز الزائد ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : لا أجر له لأن المكترى لم يجعل له على ذلك أجراً .

والثاني : له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجري مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره ، وإن كاله المكري وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الأجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله ، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله .

« مسألة ، قال (ولا يجوز أن يكثرى مدة غزائه) »

هذا قول أكثر أهل العلم منهم : الأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك . قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون حقيقاً .

ولنا أن هذه إجارة في مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز كمالها أكراماً لمدة سفره في تجارته ، ولأن مدة الغزاة تطول وتقصّر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها

يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يحز التقدير بها كغيرها من الأسفار
المجهولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل لأنه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد
فوجب أجر المثل كسائر الإجازات الفاسدة .

ومسألة ، قال (فإن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً فجاز)

وجملته أن من اكرى فرساً مدة غزوه كل يوم بدرهم فالمنصوص عن أحمد
صحته ، وقال الشافعي هذا فاسد ، لأن مدة الإجارة مجهولة .

ولنا أن علياً رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري ولم
ينكره النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كما لو قال
أجرتكما شهراً كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ،
ولا بد من تعيين ما يستأجر له إما لركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الأجر المسمى
لكل يوم سواء كانت مقيمة أو سائرة ، لأن المنافع ذهبت في مدته فأشبه
ما لو اكرى داراً فأغلقها ولم يسكنها ، وإن أجر نفسه لسقى نخل كل دلو بتمرة
أو بفلس أو أجر معلوم جاز للأثر الوارد فيه ، ولأن كل عمل معلوم له عوض
معلوم فجاز كما لو سمي دلاء معروفة ، ولا بد من معرفة الدلو والبر وما يستسقى به
لأن العمل يختلف به .

(فصل) ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة
دراهم فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز ، ونقل ابن منصور
عنه فيمن اكرى دابة من مكة إلى جدة بكذا فإن ذهب إلى عرفات بكذا فلا بأس ،
ونقل عبد الله عنه لو قال اكريتكما بعشرة فما حبسها فعليه كل يوم عشرة ، وهذه
الروايات تدل على أن مذهبه إنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوماً صح
ويتأول القاضى هذا كله على أنه يصح في الأول ويفسد في الثاني لأن مدته غير
معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لى هذه الصبرة وهي
عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا فإن قوله : فهو
جائز عاد إلى جميع ما ذكر قبله وكذلك قوله لا بأس ، ولأن لكل عمل عوضاً
معلوماً فصح كما لو استسقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه ،

ومسألة الصبرة لا نص فيها عن الإمام وقياس نصوصه صحة الإجارة وإن سلم فسادها فلأن القفزان التي شرط حملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهااتها بخلاف الأيام فإنها معلومة .

(فصل) وإن قال إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم فعن أحمد فيه روايتان : أحدهما . لا يصح وله أجر المثل ، نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعثك نقداً بدرهم أو بدرهمين نسيئة ، والثانية : يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد ، لأنه سمي لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو قال كل دلو بتمرة .

وقال أبو حنيفة : إن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غداً لا يزداد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضى في أكثر العملين بدرهم فلا يزداعته ، وهذا لا يصح لأنه إن صح العقد فله المسمى وإن فسد فوجوده كالعدم ويجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة .

(فصل) وإن قال إن خطته رومياً فلك درهم ، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم ففيها وجهان بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتى قبلها لأن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا .

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين ، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين :

أحدهما : أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الأول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبه ما لو قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة واحدة شرط فيها عوضاً إن وجدت على صفة وعوضاً آخر إن وجدت على أخرى فأشبه ما لو باعه بعشرة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة ، والثاني : أنه وقف الإجارة على شرط بقوله إن خطته كذا فلك كذا وإن خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من حمال إلى مصر بأربعين ديناراً فإن نزل دمشق فذكر أوجه ثلاثون فإن نزل الرقة فذكر أوجه عشرون فقال إذا كثرت

إلى الرقة بعشرين واكثرى إلى دمشق بعشرة واكثرى إلى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الأول لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود ، ويخرج فيه أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا، ونقل البرزاطى عن أحمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا إلى الكوفة وقال إن وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذى قبله ، ونقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال إن رددتها غدا فكراؤها عشرة وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس ، وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد في رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد وهو قياس بيعتين في بيعة والله أعلم .

فصل في مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل

أحدها : قال استأجرتك لتحمل لى هذه الصبرة إلى مصر بعشرة فالاجارة صحيحة بغير خلاف نعليه لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة التى يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها .

الثانية : قال استأجرتك لتحملها لى كل قفيز بدرهم فيصبح أيضا ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يصبح فى قفيز ويبطل فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف فى بيعها وقد ذكرناه .

الثالثة : قال لتحملها لى قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم ، وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جميعها ، كقوله لتحمل منها قفيزاً بدرهم وسائرهما أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيها كله إذا فهمما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقريته صرفت اليه .

الرابعة : قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملت من باقيها فلا يصح ، ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى لأن المعقود عليه بعضها وهو مجهول ، ويحتمل أن يصح لانه فى معنى كل دلو بتمرة .

الخامسة : قال لتتقل لى منها كل قفيز بدرهم فهى كالرابعة سواء .

السادسة : قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح

لأنه في معنى يبعثين في بيعه ، ويحتمل أن يصح لأن معناه لتحمل لي كل قفيز بدرهم السابعة : قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك فإن كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لأنهما كالصبرة الواحدة وإن جهلها أحدهما صح في الأولى وبطل في الثانية لأنهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعثك عبدى هذا بعبرة وعبدى الذي في البيت بعشرة .

الثامنة : قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فإن كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وإن جهلها بطل فيهما لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها فإن كانا يعلمان التي في البيت لكنها مقصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لم مانع اختص بها بطل العقد فيها ، وفي صحته وفي صحة الأخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا أنهما إن كانت قفزا لهما معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الأخرى فالأولى صحته لأن قسط الاجر فيها معلوم وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه لجهالة العوض فيها .

التاسعة : قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لأنها معلومة ولم يصح في الزيادة لأنها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه .

العاشرة : قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فإن قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرناه .

« مسألة ، قال (ومن اكثرى إلى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والمحامل والاعطية واللاوطنة لم يجز الكراء) »

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة وغيرها ، وقد قال الله تعالى (والحيل والبغال والحمير اتركوها) ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة ، وروى عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن نحب وتكرى ونحوه عن ابن عمر ، ولأن الناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر أنهم يأتون رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق

وايس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة الى استئجارها فجاز دفعا للحاجة .

إذا ثبت هذا : فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه لأنه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع .

فأما الجمال فيحتاج الى معرفة الراكبين والآلة التي يركبون فيها من محل أو محارة وغيرها ، وإن كان مقتباً ذكره ، وهل يكون مغطى أو مكشوفاً ؟ فإن كان مغطى احتيج الى معرفة الغطاء ، ويحتاج الى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قرية وسطيحة وسفرة ونحوها ، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال يجوز إطلاق غطاء المحمل لأنه لا يختلف اختلافاً متبايناً ، وحكى عنه في المعاليق قول أنه يجوز إطلاقها وتحمل على العرف ، وحكى عن مالك أنه يجوز إطلاق الراكبين لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب .

وقال أبو حنيفة : إذا قال في المحمل رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر جاز استحساناً لأن ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي .

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشتطت معرفته كالعظام الذي يحمل معه ، وقولهم : إن أجسام الناس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والهزيل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً . ويتفاوتون أيضاً في المعاليق ، فمنهم من يكثر الزاد والحوائج ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشتطت معرفته كالمحمل والاطونة ، وكذلك غطاء المحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الحمل في الهواء ؛ ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا .

وأما المستأجر فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لأن الغرض يختلف بذلك ، وتحصل بأحد أمرين : إما بالرؤية فيكتفي بها لأنها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المسمى فيه كالرهوال وغيره ، فأما أن يجربه فيعلم ذلك برؤيته ، وإما أن يصفه ، وأما بالصفة فإذا وجدت اكتفى بها لأنه يمكن

ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع وإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج الى ذكر الجنس فيقول ابل أو خيل أو بغال أو حمير ، والنوع فيقول بختي أو عربي وفي الخيل عربي أو برذون ، وفي الحمير مصرى أو شامى : وان كان فى النوع ما يختلف كالمهملج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره .

وذكر القاضى أنه يحتاج الى معرفة الذكورية والانوثية وهو مذهب الشافعى لأن الغرض يختلف بذلك فإن الاثني أسهل والذكر أقوى ، ويحتمل أنه لا يحتاج الى معرفة ذلك لأن التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة إنما هو الجمال العرب دون البخاقى .

فصل في

وإذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه اختبارا الى المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لأن ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما ، وان كان فى طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير فى كل يوم ، فإن أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لأنه معلوم بالعرف ومتى اختلفا فى ذلك وفى ميقات السير ليلا أو نهاراً أو فى موضع المنزل ، أما فى داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف كما لو أطلقا الثمن فى بلد فيه نقد معروف ، وان لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد ، فقال القاضى . لا يصح كما لو أطلقا الثمن فى بلد لا عرف فيه ، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطاً لما صح العقد بدونه فى الطريق المخوف ولانه لم تجر العادة بتقدير السير فى طريق ، ومتى اختلفا رجع الى العرف فى غير تلك الطريق .

(فصل) وان اشترط حمل زاد مقدار كمائة رطل نظرنا فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالا كل أو غيره فله ذلك ، وان شرط أن ما نقص بالا كل لا يبدله لم يكن له ابداله فإن ذهب بغير الاكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لان ذلك لم يدخل فى شرطه ، وان أطلق العقد فله ابدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو اكل غير معتاد بغير خلاف ، وان نقص بالا كل المعتاد فله ابداله أيضا لأنه استحق حمل مقدار معلوم فذلك ابدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة .

ويحتمل أنه لا يملك إبداله لأن العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل لحمل العقد عند الإطلاق على العرف وصار كالصرح به ، وقال الشافعي القياس أن له إبداله ، ولو قيل ليس له إبداله كان مذهبا لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع .

فصل

وإذا اكرت جلا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليه إلى منى لأنه من تمام الحج : وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى أن له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) .

ومن اكرت إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لأنها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكرت إليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكترى للحج .

(فصل) فيما يلزم المكري والمكترى للركوب : يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب من الحاجة للجعل والقتب والزمم الذي يقاد به البعير والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بها وإن كان فرسا فاللجام والسرج ، وإن كان بغلا أو حمرا فالبرذعة والإكاف لأن هذا هو العرف لحمل الإطلاق عليه ، وعلى المكترى ما يزيد على ذلك كالحمل والمخارة والحبل الذي يشد به بين المحملين أو المحارتين ، لأن ذلك من مصلحة الحمل والوطاء الذي يشد فوق الحاجة تحت الحمل ، وعلى المكري رفع الحمل على الجمل ورفع الأحمال وشدها وحطها ، لأن هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب ، ويلزمه القائد والسائق ، هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكترى ؛ وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها لنفسه فكل ذلك عليه ، لأن الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلبها ، وأما الدليل فهو على المكترى ، لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالزاد ، وقيل إن كان اكرت منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكترى ، لأن الذي عليه أن يسلم الظهر وقد سلبه

وإن كانت على حمله إلى مكان معين في الذمة فهو على المكرب لأنه من مؤنة إيصاله إليه وتحصيله فيه .

(فصل) وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمال أن يركب الجمال لركوبه ونزوله لأنه لا يتمكن من الركوب والنزول إلا به ، وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يركب له الجمال لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكلفة ، وإن كان قويا حال العقد فضعف في أثنائه أو ضعيفا فقوى فلا اعتبار بحال الركوب ، لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة .

ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة وقضاء حاجة الإنسان وطهارته ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعله عليه من الأكل والشرب وصلاة النافلة من السنن وغيرها لم يلزمه أن يركب له ولا يقف عليه من أجله ، وإن أراد المكرب إتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام ومن أكثرى بعيراً لإنسان يركبه لنفسه وسله إليه لم يلزمه سوى ذلك لأنه وفي له بما عقد عليه فلم يلزمه شيء سواه .

(فصل) وإذا أكثرى ظهراً في طريق العادة فيه النزول والمشي عند اقتراب المنزل والمكرب امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لأنه أكثراه جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق كالمتاع وإن كان جلدأ قويا فقيه وجهان .

أحدهما : لا يلزمه النزول أيضا لأنه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضها كالضعيف .

والثاني : يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالمشروط .

(فصل) وإن هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يهرب بجماله فينظر فإن لم يجد المستاجر حاكاً أو وجد حاكاً لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن الإثبات عنده ولا يحصل له ما يكثرى به .

ما يستوفى حقه منه فللمستأجر فسخ الاجارة لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه ،
فأشبه ما لو أفلس المشتري أو انقطع المسلم فيه عند محله ، فإن فسخ العقد وكان
الجمال قد قبض الأجر كان ديننا في ذمته وإن اختار المقام على العقد وكانت الاجارة
على عمل في الذمة فله ذلك ومتى قدر على الجمال طالبه به .

وإن كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخ العقد بذلك ، وإن أمكنه إثبات
الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الامر
إلى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فإن وجد للجمال مالا أكثرى به له وإن لم
يجد له مالا وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال أو من غيره ما يكتري به
فعل ، فإن دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحد
وإن اقترض عليه من المكتري ما يكرى به جاز وصار ديننا في ذمة الجمال ، وإن
كان العقد على معين لم يحز ابداله ولا أكثره غيره ، لأن العقد تعلق بعينه فيتخير
المكتري بين الفسخ أو البقاء الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل .

الحال الثاني : إذا هرب الجمال فترك جماله فإن المكتري يرفع الامر الى الحاكم
فإن وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقام الجمال في الاتفاق على الجمال والشد
عليها وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله فإن لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن
الكراء باع بقدر ذلك وإن لم يكن فيها فضل أو لم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم
كما قلنا ؛ وإن أذن من المكتري وأنفق جاز ، وإن أذن للمكتري في الاتفاق
من ماله بالمعروف ليكون ديننا على الجمال جاز لانه موضع حاجة .

وإذا رجع الجمال واختلفا فيما أنفق نظرنا فإن كان الحاكم قدر له ما ينفق قبل
قوله في قدر ذلك وما زاد لا يحتسب به وإن لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة
بالمعروف لانه أمين وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ، وإذا وصل المكتري
رفع الامر الى الحاكم ففعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفي عن الجمال
ما لزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ باقي الثمن له وإن رأى يبيع بعضها
وحفظ باقية والاتفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز وإن لم يجد حاكما أو عجز عن
استدانة له أن ينفق عليها ويقم مقام الجمال فيما يلزمه فإن فعل ذلك متبرعا لم يرجع

بشيء وإن نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لأنه حال ضرورة ، وهذا أحد الوجهين للشافعي ، وإن لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان .
أحدهما : يرجع به ، لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة اذن في الانفاق .

والثاني . لا يرجع به ، لأنه يثبت لنفسه حقاً على غيره وكذلك إن لم يجد من يشهده فأنفق محتسباً بالرجوع وقياس المذهب أن له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الأبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة الموهنة ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضاً ، وحكم موت الجمال حكم هربه ، وقال أبو بكر مذهب أحمد أن الموت لا يفسخ الإجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى فإن لم يكن في يد المستأجر ما ينفقه لم يجوز أن يبيع منها شيئاً لأن البيع إنما يجوز من المالك أو من نائبه أو بمن له ولاية عليه .

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ، ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لأنه إذا جاز أكثراؤها في الجميع جاز أكثراؤها في البعض ، ولا بد من كونها معلومة إما أن يقدرها بفراسخ معلومة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول ، وإن اتفقا على أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز ، فإن أكثرى عقبة وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العرف ، ويحتمل أن لا يصح لأن ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولاً ، وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أيام أو ما زاد ونقص جاز ، وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لأن فيه ضرراً على كل واحد منهما الماشي لدوام المشي عليه ، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعبته كان أثقل على البعير :

وإن أكثرى اثنان جملاً يركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤهما طول الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه ، وإن تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو لأحدهما الليل والآخر النهار وإن كان لذلك عرف رجع إليه ، وإن اختلفا في البادية منهما أقرع بينهما ، ويحتمل أن

لا يصح كراؤهما الا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لأنه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشترى عبدين على أن لكل واحد منهما عبدا معينا منهما .

مسألة ، قال (فإن رأى الراكبين أو وصفا له وذكر الباقي بأرطال معلومة فجاز)

وجملته أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين اذا وصفهما بما يختلفان به في الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والانوثة ، والباقي يكفي فيه ذكر الوزن ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا بد من معرفة الراكبين بالرؤية لأنه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ، ولهم في المحمل وجه أنه لا تكفي فيه الصفة ويجب تعيينه ،

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الى حيوان فاكنتي فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب في الاجارة ، ولأنه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لأنه انما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه ، ولأن الوصف يكتفي به في البيع فاكنتي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه .

(فصل) ويجوز اكتراء الابل والدواب للحمولة ، قال الله تعالى (وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس) والحولة بالضم الاحمال ، والحولة بالفتح التي يحمل عليها قال الله تعالى (ومن الانعام حمولة وفرشا) الحمولة الكبار والفرش الصغار .

وقيل : الحمولة الابل : والفرش الغنم لأنها لا تحمل ، ولا يحتاج الى معرفة الحمولة لان الغرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فان للراكب غرضا في المركوب من سهولته وحالته سرعته ، وان اتفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئا تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكر في الاجارة .

وأما الاحمال فلا بد من معرفتها فإن لم يعرفها لم يحز لان ذلك يتفاوت كثيرا ويختلف الغرض به فان شرط أن تحمل ما شاء بطل لان ذلك لا يمكن الوفاء به ويدخل فيه ما يقتل البهيمة ، وان قال احتمل عليها طاقتها لم يحز أيضا لان ذلك لا ضابط له ، وتحصل المعرفة بطريقتين (المشاهدة) لانها من أعلى طرق العلم (والصفة) وبشرط في الصفة معرفة شيئين القدر والجنس لان الجنس يختلف تبع البهيمة باختلافه مع التساوى في القدر فان القطن يضربها من وجه وهو أنه ينتفخ على البهيمة فيدخل فيه الريح فيثقل ومثله من الحديد يؤذى من جهة أخرى وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلا بد من بيانه .

وأما الظروف فان دخلت في الوزن لم يحتاج الى ذكرها ، وان لم توزن فان كانت ظروفًا معروفة لا تختلف كغرائر الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليها من غير تعيين لانها قلما تتفاوت تفاوتًا كثيرًا فتسميتها تكفي وان كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين أو الصفة ، وذكر ابن عقيل أنه اذا قال أكرتكمها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل مما شئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حملا يضرب بالحيوان مثل ما لو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يتموج فيه فيكبد البهيمة ويتعبها .

وان اكرتى ظهراً للحمل موصوفاً بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه وان طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض للمستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه كون الحولة لكون الحولة مما يضرها المهر أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحولة فيعين الابل لم يحز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يحز ذلك كما في المركوب وان لم يفوت غرضه جاز كما يجوز لمن اكرت على حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه (فصل) ويجوز كراء الدابة للعمل لانها منفعه مباحة خلقت الدابة لها لجاز الكراء لها كالركوب وان اكرت بقرًا للحرث جاز ، لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم : بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها

فقلت إنى لم أخلق لهذا إنما خلقت للحرث ، متفق عليه ، ويحتاج الى شرطين :
 معرفة الأرض وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولأنها تختلف
 فتكون صلبة تتعب البقر والحراث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون
 رخوة سهلة يسهل حرثها ولا تأتى الصفة عليها فيحتاج الى رؤيتها .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض
 كهذه القطعة أو من هذا المكان الى هذا المكان أو بالمساحة كمدى أو مدين
 ونحو ذلك كل ذلك جائز ، لأن العلم يحصل به فإن قدره بالمدة فلا بد من معرفة
 البقر التى يعمل عليها لأن الغرض يختلف باختلافها فى القوة والضعف ، ويجوز
 أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع
 صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها
 بدون آلتها وتكون الآلة من عند صاحب الأرض .

ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع لأنها منفعة مباحة مقصودة
 فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرناه فى الحرث
 ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان الذى يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه
 وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج الى معرفة جنس الحيوان لأن الغرض
 يختلف به فمنه ماروثة طاهر ومنه ماروثة نجس ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان
 ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وبغير آله مع صاحبه ومنفرداً عنه
 كما ذكرنا فى الحرث .

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعى ويفتقر الى شيئين معرفة
 الحجر إما بمشاهدة وإما بصفة تحصل بها معرفته لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله
 وخفته فيحتاج صاحبها الى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوماً أو يومين
 أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف
 لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يصعب ، وكذلك إن اكترأها لإدارة دولا ب
 فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دولا به لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا
 الحوض أو هذه البركة .

وكذلك إن اكترأها للاستقاء بالغرب فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره

وصغره ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض : ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض عطشانة لا يرونها القليل وتكون قرية العهد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولا ، وإن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ، ويحتمل أن يجوز ، لأن شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقي عليها ماء ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي بها من راوية أو قرب أو جرار ، ومعرفة ذلك إما بالرؤية وإما بالصفة ويقدر العمل إما بالزمان وإما بعدد المرات وإما بملء شيء معين ، فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب إليه لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وإن قدره بملء شيء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقي منه ، ويجوز أن يكثرى البهيمة بآلتها وبدونها ، مع صاحبها ووحدتها ، وإن اكترأها لبل تراب معروف جاز لأن ذلك بالعرف ، وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لأنه لا يختلف ، ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك في استقاء الماء عليه لأن منه ماروته طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف كالحمل والبقر ، ومنه ماروته نجس ويختلف في نجاسة جسمه كالبغال والحير فربما نجس به المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فتجب معرفته .

(فصل)

وإذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له مثل أن اكترى البقر للركوب والحمل عليها أو اكترى الإبل والجر للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذي خلقت له ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح إما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضرتة على منفعته وليس هنا واحد منها ، وكثير من الناس من الإكراه وغيرهم يحملون على البقر ويركبوها وفي بعض البلدان يحرث على الإبل والبغال والحير فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمنع ذلك الانتفاع بها

في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها، والأولاد خلقوا للحلية ويجوز استعماله في الأدوية وغيرها والله أعلم .

« مسألة ، (وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن)

وجملته أن الأجير على ضربين : خاص ومشارك ، فالخاص : هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر للخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوماً أو شهراً ، سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس ، والمشارك الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب ، سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعة واستحقاقها فسمى مشتركاً لاشتراكهم في منفعته ، فالأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقى وهو ضامن لما جنت يده فالحائلك إذا أفسد حيا كته ضامن لما أفسد ، نص أحمد على هذه المسألة في رواية ابن منصور .

والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والحجاز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والحمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينه ، وروى ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشریح والحسن والحكم ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يضمن مالم يتعد ، قال الربيع هذا مذهب الشافعي ، وإن لم يبيع به ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضه بعقد الاجارة فلم تصر مضمونه كالعين المستأجرة .

ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواع وقال لا يصلح الناس الا ذلك ، وروى الشافعي في مسنده بإسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولان عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو بخلاف الاجير

الخاص ، والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه .

(فصل) ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه والقصار والخياط في دكانيهما ، قال ولو دعا الرجل خبازاً يخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط ، لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص ، قال ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكاري ، لأن يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال لأن رب المتاع لم يسلمه إليه ، ومذهب مالك والشافعي نحو هذا ، قال أصحاب الشافعي : لو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لأن يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لأن يده عليه فكلما عمل شيئاً صار مسلماً إليه ، فظاهر كلام الحرقى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أو لا ، وكذلك قال ابن عقيل ما تلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ولأن جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه يعم المتاع وصاحبه وتفريطه بهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى إنساناً منترساً فكسر ترسه وقتله ، ولأن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور الطبيب والمختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن ، وإن سرق لم يضمن لأنه في العثار تلف بجنائه والسرقة ليست من جنائنه ورب المال لم يحمل بينه وبينه ، وهذا يقتضي أن تلفه بجنائه مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان

في محل النزاع أولى لأن الفعل في ذلك إلى الموضع مقصود لفاعله والسقطة من الحال غير مقصودة له فإذا وجب الضمان ههنا قثم أولى .

(فصل) وذكر القاضي أنه إذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المسكرى فيما تلف من سوقه وقوده إذ لا يضمن بنى آدم من جهة الإجارة لأنه عقد على منفعة ، والأولى وجوب الضمان لأن الضمان ههنا من جهة الجنابة فوجب أن يعم بنى آدم وغيرهم كسائر الجنائيات ، وما ذكره ينتقض بجنابة الطيب والختان . والله أعلم .

(فصل)

فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد ، قال أحمد في رواية مهنا في رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزرأ فسقط الرطل من يده فانكسر لا ضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة الفصار ؟ قال لا ، الفصار مشترك قبل فرجل أكثرى رجلاً يستقى ماء فكسر الحجر ؟ فقال لا ضمان عليه ، قيل له فإن أكثرى رجلاً يحرق له على بتمرة فكسر الذى يحرق به ، قال فلا ضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعى : وله قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، وروى في مسنده عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجراء ويقول : لا يصلح الناس إلا هذا .

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص وقطع يد السارق ، وخبر على رضي الله عنه وكرم وجهه مرسل ، والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواع ، وإن روى مطلقاً حمل على هذا فإن المطلق يحمل على المقيد ، ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب . فأما ما يتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخباز الذى يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لأنه تلف بتعديه فضمنه كغير الأجير .

(فصل) وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، كالحياط في دكان يستأجر أجيراً مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خباطة ثوب ودفعه إلى

أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لأنه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لأنه أجير مشترك (فصل) إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجر عليه وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجر له وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان ، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ . وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه وما سلم إليه فلا يلزمه .

(فصل) إذا دفع إلى حائك غزلاً فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع فنسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة . لأنه غير مأمور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه فإن كان جاء به زائداً في الطول وحده ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما سمي له من الأجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين ، فإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيها ففيه وجهان أحدهما لا أجر له لأنه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين

والثاني له المسمى لأنه زاد على ما أمر به ، فأشبهه زيادة الطول ، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ، ولا يمكن ذلك في العرض . وأما أن جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضاً وجهان :

أحدهما لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لأنه مخالف لما أمر به ، فأشبهه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع

والثاني له بحصته من المسمى كمن استأجر على ضرب ابن فضرب بعضه ،

ويحتمل أنه ان جاء به ناقصا في العرض فلا شيء له ، وان كان ناقصا في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وان جاء به زائداً في أحدهما ناقصا في الآخر فلا أجر له في الزائد ، وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضعين . يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب الى النساج ومطالبته بثمن غزله ، وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد أو بحصة المنسوج في الناقص ، لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل مالا ينتفع بالقصير ، وينتفع بالقصير مالا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله ولنا أنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعوضه ، كما لو جاء به زائداً في الطول وحده ، فاما ان أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفا فنسجه خمسة عشر فصار صفيقا وأمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقا فنسجه عشرة فصار خفيفا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به .

(فصل)

اذا دفع الى خياط ثوبا فقال : ان كان يقطع قميصا فاقطعه ، فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف — فعليه ضمانه ، وان قال انظر هذا يكفيني قميصا ؟ قال نعم ، قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا ضمان عايه في المسألتين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية . ولنا أنه اذا أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغيره . بل لعدم الاذن في قطعه ، لان اذنه مقيد بشرط كفايته ، فلا يكون اذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية .

(فصل) فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا ، لأن هذا قطع غير مأذون فيه ، فأشبهه ما لو قطعه من غير اذن ، وقيل يغرم ما بين قميص امرأة وقميص رجل ، لانه مأذون في قميص في الجملة ، والاوّل أصح لان المأذون فيه قميص موصوف بصفة ، فإذا قطع

قيصاً غيره لم يكن فاعلاً لما أذن فيه فكان متعدياً بابتداء القطع ، ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ، ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل)

وإن اختلفا فقال أذنت لي في قطعه قيص امرأة ، وقال بل أذنت لك في قطعه قيص رجل ، أو قال أذنت لك في قطعه قيصاً ، قال بل قباء ، أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر ، قال بل أسود ، فالقول قول الخياط والصباغ ، نص عليه أحد في رواية ابن منصور فقال القول قول الخياط والصباغ ، وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول رب الثوب ، واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال له قولان كالْمُذْهِبِينَ ، ومنهم من قال له قول ثالث أنها يتحالفان كالمُتَبَايِعِينَ يختلفان في الثَّن ، ومنهم من قال الصحيح أن القول قول رب الثوب لأنها اختلفا في صفة إذنه ، والقول قوله في أصل الإذن فكذلك في صفة ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

ولما أنها اتفقا في الإذن واختلفا في صفته ، فكان القول قول المأذون له ، كالمضارب إذا قال أذنت لي في البيع نساء ، ولأنها اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ ، والظاهر أنه فعل ما ملكه ، واختلفا في لزوم الغرم له والأصل عدمه . فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لي في قطعه قباء وصبغه أحمر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى ، لأن المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحد يمينه ؛ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال ولو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه ، أخرجه مسلم

فأما المسمى في العقد فإنما يعترف رب الثوب بتسميته أجراً وقطعه قيصاً وصبغه أسود . فأما من قال القول قول رب الثوب فإنه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ، ولا يجب للخياط والصباغ شيء لأنها فعلاً غير ما أذن لهما فيه

وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية والسواد فالقول قوله وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع وضمان

ما أفسد ولا أجر له ، لأن قرينه حال رب المال تدل على صدقه فترجع دعواه بهما كما لو اختلفا في حائط لأحدهما عليه عقد أو أزج رجحنا دعواه بذلك .

وان اختلف — الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ولو اختلف — صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته ، فعلى هذا يحلف — رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قباه ، ويكفي هذا لأنه يبتغى به الأذن فيصير قاطعا لغير ما أذن فيه ، فإن كان القباه مخيطا بخيوط لمالكه لم يملك الخياط فتقه وكان لمالكه أخذه مخيطا بلا عوض لأنه عمل في ملك غيره عملا مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته ، كما لو نقل ملك غيره من موضع الى موضع لم يكن له رده إذا رضى صاحبه بتركه فيه . وان كانت الخيوط للخياط فله نزاعها لأنها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لأنها ملكه ولا يتلف — بأخذها ماله حرمة ، فإن اتفقا على تعويضه عنها جاز لأن الحق لها

وان قال رب الثوب : أنا أشد في كل خيط خيطا حتى اذا سلته عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة الى ذلك لأنه انتفاع بملكه ، وحكم الصباغ في قلع الصبغ ان أحبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على ما مضى في بابه : والذي يقوى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم

(فصل)

وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الاجير كالصباغ يصبغ في حائوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها الى المستأجر ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا منه ، لأن المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه الى العاقد ، كالبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه الى المشتري . وأما ان كان يرقع العمل في ملك المستأجر ، مثل أن يحضره المستأجر الى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فإنه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لأنه في يد المستأجر فيصير مسلما للعمل حالا فخالا

ولو استأجر رجلا يبنى له حائطا في داره أو يحفر فيها بئرا لبري . من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ، ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل ، ولو انهارت عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل

نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، فإنه إذا قال استعمل ألف — لبنة في كذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء .

وأما الاجير الخاص فيستحق أجره بمضى المدة ، سواء تلف — ما عمله أو لم يتلف — ، نص عليه أحمد فقال : إذا استأجره يوما فعمل وسقط عند الليل ما عمل فله الكراء ، وذلك لأنه إذا يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه ، وقد وجد ذلك منه بخلاف الاجير المشترك . ولو استأجر أجيراً لبنى له حائطا طوله عشرة أذرع فبنى بعضه فسقط لم يستحق شيئا حتى يتمه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لأن الاستحقاق مشروط بإتمامه ولم يوجد . قال أحمد : إذا قيل له ارفع حائطا كذا وكذا ذراعا فعليه أن يوفيه ، فإن سقط فعليه التمام ، وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئا حتى يتم حفرها .

مسألة ، قال (وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا أجر له فيما عمل فيها)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروى عنه لا يضمن ، نص عليه في رواية ابن منصور ، وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي

وروى عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه . وإن كان غرقا أو عدواً غالباً فلا ضمان . قال أحمد رحمه الله عليه في رواية أبي طالب : إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وإن كان عدواً أو غرقاً فلا ضمان ، ونحو هذا قال أبو يوسف والصحيح في المذهب الاول

ومذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف — من بين متاعه خاصة لأنه يتهم ، ولهذا قال في الوديعة في رواية أنها تضمن إذا ذهب من بين ماله فأما غير ذلك فلا ضمان عليه لأن تخصيص التضمين بما إذا تلف — من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف — مع متاعه ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بأمر غالب .

وقال مالك وابن أبي ليلى : يضمن بكل حال لقول النبي صلى الله عليه وسلم

« على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ، ولأنه قبض العين لافعة نفسه من غير استحفاق
فلزمه ضمانها كالمستعير .

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ،
ولأنه قبضها بإذن مالِكها النفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر
وكما لو تلفت بأمر غالب ، ويخالف العارية فإنه يتفرد بنفعها ، والخبر مخصوص
بما ذكرنا من الأصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها ، إذا ثبت هذا فإنه
لا أجر له فيما عمل فيها لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من
الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه .

(فصل) وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف — ضمنه
لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب .

(فصل) إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالِكه فعليه ضمانه لأنه فوته
على مالِكه ، قال أحمد يغرم القصار ولا يسع المدفوع إليه إلبسه إذا علم أنه ليس
ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه : فإن لم يعلم القابض حتى قطعه وإلبسه
ثم علم رده مقطوعا وضمن أرش القطع وله مطالبة بثوبه إن كان موجوداً ، وإن
هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان .

إحداهما . يضمنه ، لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم .
والثانية : لا يضمنه ، لأنه لم يمكنه رده فأشبهه ما لو عجز عن دفعه لمرض .

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم
يضمنها ، قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يكرون المظال أو الخيمة
إلى مكة فيذهب من المكثري بسرقة أو بذهاب هل يضمن ؟ قال أرجو أن
لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأنه
قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له
بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الأمانة ، ويخالف العارية فإنه لا يستحق منفعتها
وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أو ما إليه في رواية ابن منصور ،
فقليل له إذا اكثري دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال أحمد :
من استعار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجب في

الإجارة والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده وموآته كالوديعة وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين فى يده أمانة كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم : يضمن لانه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها .

ولنا أنها أمانة أشبهت الوديعة ، ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها ، وأما العارية فإنها مضمونة فى كل حال بخلاف مسألتنا ، ولانه يجب ردها ، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فإن امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمضروبه (فصل) فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه يتنافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، قال أحمد فيها اذا شرط ضمان العين : الكراء والضمان مكروه ، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان .

وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكترى بضمان الا أنه من شرط على كرى انه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل فى ذلك التعدى فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وان شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه .

وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم ، وهذا بدل على نفى الضمان بشرطه ، ووجوبه بشرطه لقوله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم ، فأما ان أكره عينا وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل أو وقت القافلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره فى آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف فضمن لانه متعدد لشرط كرىه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها الا قفيزاً فحمل اثنين .

(فصل) وان كانت الاجارة فاسدة لم يضمن العين أيضا اذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لانه عقد لا يقتضى الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد فى وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان

في صحيحه وجب في فاسده وما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده .
 (فصل) وللمستاجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها بالأجام
 الاستصلاح ويحتملها على السير ليلحق القافلة ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم
 نحس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش بعيره بمحجنه
 وللرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشى والعدو والسير وللمعلم ضرب الصبيان
 للتأديب ، قال الاثرم : سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم
 ويتوقى بجهده الضرب وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء
 الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي وإسحاق
 وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لأنه تلف
 بجنايته فضمنه كغير المستاجر وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لأنه
 يمكنه تأديبه بغير الضرب .

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ، ولأن
 الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستاجر
 لأنه متعدد ، وقول الشافعي : يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه
 ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب إذ فيه ضرر وإيلا لم يستغنى
 عنه وإن أسرف في هذا كله أو زاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له
 من الصبيان فعليه الضمان لأنه متعدد حصل التلف بعدوانه .

« مسألة ، قال (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم
 حذق الصنعة ولم تجن أيديهم) »

وجملته : أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين .
 أحدهما : أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لأنه إذا
 لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن
 سرايته كالقطع ابتداء .

الثاني . أن لا تجنى أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع ، فإذا وجد هذان
 الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الإمام

يد السارق أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله أشبه ما ذكرنا ، فأما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو قطع في غير محل القطع أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كاله لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه إتلاف المال ، ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالة قطع ابتداء وكذلك الحكم في النزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً .

فصل : وإن ختن صبياً بغير إذن وليه أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن لأنه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من أذن له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعاً .
(**فصل** ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافاً ، ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة .

(**فصل**) ويجوز أن يستاجر حجاماً ليعجمه وأجره مباح وهذا اختيار أبي الخطاب ، وهذا قول ابن عباس قال : أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الأنصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي : لا يباح أجر الحجام وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع وقال أعطى شيئاً من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دوابه وطعمة عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل له أكله ، ومن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كسب الحجام خبيث ، رواه مسلم وقال : أطعمه فاضحك ورقيقك .

ولنا ما روى ابن عباس قال : احتجم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو عليه حراماً لم يعطه ، متفق عليه ، وفي لفظ لو عليه خبيثاً لم يعطه ، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القرية لجواز الاستئجار عليها كالبناء والحياطة ، ولأن الناس حاجة إليها ولا نجد كل أحد متبرعاً بها لجواز الاستئجار عليها كالرضاع وقول النبي صلى الله عليه وسلم في كسب الحجام : أطعمه رقيقك ، دليل

على إباحة كسبه اذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فإن الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرّمه الله تعالى كما يحرم على الأحرار ، وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكم لا دليل عليه وتسميته كسبا خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما .

وانما كره النبي صلى الله عليه وسلم ذلك للحر تنزيها لدنائة هذه الصناعة وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجامة ولا الاستئجار عليها ، وانما قال : نحن نعطيها كما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم ، ونقول له كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن أكله نهاه وقال : أعلفه الناضح والرقيق ، وهذا معنى كلامه في جميع الروايات ، وليس هذا صريحا في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله على ما بينا ، وأن إعطائه للحجامة دليل على إباحته اذ لا يعطيه ما يحرم عليه ، وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها ويمكّنهم منها ، وأمره بإطعام الرقيق منها دليل على الإباحة فيتعين حمل نهيّه عن أكلها على الكراهة دون التحريم ، وكذلك قول الإمام أحمد ، فإنه لم يخرج عن قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله وانما قصد اتباعه صلى الله عليه وسلم وكذلك سائر من كرهه من الأئمة يتعين حمل كلامهم على هذا ، ولا يكون في المسألة قائل بالتحريم : واذا ثبت هذا فإنه يكره للحر أكل كسب الحجامة ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لها لما فيها من الإخبار ، ولأن فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح . وعلى هذا يحمل قول الأئمة الذين ذكرنا عنهم كراهتها جمعا بين الإخبار الواردة فيها وتوفيقا بين الأدلة الدالة عليها والله أعلم .

فصل

فأما استئجار الحجامة لغير الحجامة كالقصّ وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة إليه فجائز لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم وكسب الحجامة خبيث ، يعنى بالحجامة كما نهى عن مهر البغى أى في البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف ، وهذا النهي مخالف للقياس مختص بالمحل الذي ورد فيه ، ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها ولا تحريم فيها لجازت الإجارة فيها وأخذ الأجر عليها كسائر المنافع المباحة .

(فصل)

ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لأنه عمل جائز ويمكن تسليمه ،
ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة ، لأن العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج الى بيان
قدر ما يكحله مرة في كل يوم أو مرتين . فأما إن قدرها بالبره فقال القاضي :
لا يجوز لأنه غير معلوم .

وقال ابن أبي موسى : لا بأس بمشارطة الطبيب على البره ، لأن أبا سعيد حين
رقى الرجل شارطه على البره ، والصحيح إن شاء الله أن هذا يجوز ، لكن يكون
جعلاً لإمارة ، فإن الاجارة لا بد فيها من مدة أو عمل معلوم . فأما الجعالة فتجوز
على عمل مجهول كرد اللقطة والابق ، وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جعلاً
فيجوز ههنا مثله . اذا ثبت هذا . فإن السكحل ان كان من العليل جاز . لأن آلات
العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها ، وإن شارطه
على السكحل جاز . وقال القاضي : يحتمل ان لا يجوز لأن الأعيان لا تملك بعقد
الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط

ولنا : أن العادة جارية . ويشق على العليل تحصيله . وقد يعجز عنه بالكلية
فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ واللبن في الرضاع والخبر والاقلام من الوراق . وما
ذكره ينتقض بهذه الأصول ، وفارق لبن الحائط . لأن العادة تحصيل المستأجر له
ولا يشق ذلك بخلاف مسائلنا . وقال أصحاب مالك : يجوز أن يستأجره لبنى له
حائطا والآجر من عنده ، لأنه اشترط ما تتر به الصنعة التي عقد عليها ، فإذا كان
مباحا معروفا جاز ، كما لو استأجره ليصبغ ثوبا والصبغ من عنده

ولنا أن عقد الاجارة عقد على المنفعة فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعه
وفارق الصبغ ، وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث ان الحاجة
داعية اليه ، لأن تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب ، وقد يكون الصبغ
لا يحصل الا في حيث يحتاج الى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب ،
فجاز لمسيس الحاجة اليه بخلاف مسائلنا

(فصل) واذا استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الآجر : وبه

قال الجماعة ، وحكى عن مالك أنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه : ولم يحك ذلك أصحابه ، وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الاجر ، وان لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط. يوماً أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه ، وان برئت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة ، لانه قد تعذر العمل ، فأشبه ما لو حجر عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بضى المدة ، كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما ان شرطه على البرء فإنه يكون جعالة فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برىء بغير كحله أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التى من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجعالة ثم فسخ العقد ، وان امتنع لامر من جهة الكحال أو غير الجاعل فلا شيء له ، وان فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله . فإن فسخ الكحال فلا شيء له لانها جعالة فثبت فيما ذكرناه

(فصل ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه ، والكلام فيه كالكلام فى الكحال سواء ، الا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لان ذلك انما جاز فى الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجرى العادة به : فلم يوجد ذلك المعنى هنا ، فثبت الحكم فيه على وفق الاصل والله أعلم

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقطع ضرره لانها منفعة مباحة مقصودة لحاجز الاستئجار على فعلها كالحنان ، فان أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لانه من جنائته ، وان برأ الضرر قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز ، وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان اتلاف جزء من الأدمى محرم فى الاصل ، وانما أبيع اذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفروض الى كل انسان فى نفسه اذا كان أهلاً لذلك ، وصاحب الضرر أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة

(فصل) ومن استؤجر على عمل موصوف فى الذمة ، كخياطة أو بناء أو قلع ضرر فبذل الاجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الاجرة بذلك لانه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها ويفارق حبس الدابة مدة الاجارة لان المنافع تلفت تحت يده بخلاف مسألتنا

« مسألة ، قال (ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد

لا نعلم خلافاً في صحة استئجار الراعى ، وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب أنه قال (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثمانى حجج) وقد علم أن موسى عليه السلام إنما أجر نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت هذا فإنه لا ضمان على الراعى فيما تلف من الماشية ما لم يتعد ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبي ، فإنه روى عنه أنه ضمن الراعى

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع ، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة فلم يضمنها من غير تعد كأمين المستأجرة ، فأما ما تلف بتعديبه فيضمنه بغير خلاف ، مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضرباً يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة إليه أو سلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تفريطاً وتعدياً فتتلف به فعليه ضمانها لأنها تلفت بعديته فضمنها ، كالمودع إذا تعدى ، وإن اختلفا في التعدى وعدمه فالقول قول الراعى لأنه أمين ، وإن فعل فعلاً اختلفا في كونه تعدياً رجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن . وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قوله ، والصحيح الأول لأن الأمانة تقبل أقوالهم كالمودع ، ولأنه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب فأشبه المودع ، كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتى بجلدها .

(فصل)

ولا يصح العقد في الرعى إلا على مدة معلومة لأن العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعى ماشية معينة وعلى جنس في الذمة ، فإن عقد على معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لحياطة ثوب بعينه فلا يجوز إبداله ، ويبطل العقد بتلفها . وإن تلف بعضها بطل عقد الإجارة فيه ، وله أجر ما بقى منها بالحصص وإن ولدت سخالا لم يكن عليه رعيها لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لأنها ليست المعقود عليها ، وإنما يستوفى المنفعة بها فأشبه ما لو استأجر ظهراً لركبه جاز أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن

يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثلها في الضرر أو أدنى منها ، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي ، ولهذا يجب له الأجر إذا سلم نفسه وإن لم يرع ، ويفارق الثوب في الخياطة لأن الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي ، فعلى هذا له إبدالها بمثلها ، وإن تلف بعضها لم يفسخ العقد فيه وكان له إبداله ، وإن وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلاً أو بقرأ ، أو غنماً أو ضأناً أو معزاً ، وإن أطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاتي ، لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً ، وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها كالغنم ، لأن كل نوع له أثر في أتعاب الراعي ، ويذكر الكبير والصغير فيقول كباراً أو سهالاً أو عجاجيل أو فصلانا ، إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف إلى بعضها فيغني عن الذكر ، وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لا من سهالها ولا من غيرها ، وإن أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال القاضي بصح ويحمل على ما جرت به العادة ، كالمائة من الغنم ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي والاول أصح لأن العادة في ذلك تختلف وتباين كثيراً ، إذ العمل يختلف باختلافه

(فصل فيما تجوز اجارته)

تجوز اجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصل كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرر واللبام والسيوف والرمح وأشباه ذلك ؛ وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز اجارته في مواضعه ، وتجوز اجارة الحلى نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله ، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد أنه قال في اجارة الحلى ما أدرى ما هو ؟

قال القاضي . هو محمول على اجارته بأجرة من جنسه ، فأما بغير جنسه فلا بأس به لتصريح أحمد بجوازه ، وقال مالك في اجارة الحلى والثياب : ما هو من المشتبهات ، وأعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة ، وليس ذلك من المقاصد

الأصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بأنها تحك بالاستعمال فذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة فيحصل الأجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفرض إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر . ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فأشبهت سائر ما تجوز إجارته، والزينة من المقاصد الأصلية فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى (لتركبوهن وزينة) وقال تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلى واللباس للنساء ما حرمه على الرجال لحاجتهن إلى التزين للأزواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه وما ذكرناه من نقصها بالاحتكاك لا يصح لأن ذلك يسير لا يقابل عوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الأجزاء لأن الأجر في الإجارة إنما هو عوض المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد النقيدين بالآخر لأفضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم .

(فصل) وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلى في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ؛ ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع .

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلى ، وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه . إذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يستأجره له وعينه فحسن ، وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منها ، لأن منفعتها في الإجارة متعينة في التحلى والوزن وهما متقاربان ، فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليها كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها

وقال القاضي : لا تصح الإجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الإجارة تقتضى الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد .

وقال أصحاب الشافعي : لا تصح الإجارة فلا تكون قرضاً لأن التحلى ينقصها

والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لأن القرض تملك للغير والاجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ نقلاً ولم يعهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض ، وقول أبي الخطاب أصح إن شاء الله لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حمله على إيجارها للجهة التي تجوز إيجارها فيها ، وقول القاضي لا يصح لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعاً مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحل فبعيد فإن ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه .

(فصل) ويجوز أن يستأجر شجراً ونخلاً ليجفف عليها الثياب أو يسطم عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكرناه في الأثمان .

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك إذا كانت ثابتة وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في إحداها يجوز في الأخرى ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ، ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفائها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع

(فصل) ويجوز استئجار غنم لتدوس له طيناً أو زرعاً ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فأشبهت النخيل . ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فأشبهت استئجار البقر لذياب الزرع . (فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطاع الكافور والند لشمه المرضي وغيرهم مدة ثم يردده لأنها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من أخلاق وبلى .

(فصل) وتجوز إجارة الحائط ليضع عليها خشباً معلوماً مدة معلومة ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز .

ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجاز عقد الإجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه .

(فصل) ويجوز استئجار دار يتخذها مسجداً يصل فيه ، وبه قال مالك والشافعي

وقال أبو حنيفة : لا يصح ، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال فلا تجوز الإجارة لذلك . ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقاءها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فإنها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد .

(فصل) وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقى منها أياما معلومة لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه : وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الإباحة والله الموفق .

(فصل)

ويجوز استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد في مدة معلومة لأن فيه نفعا مباحا تجوز إعارته له فجازت إجارته له كالدابة وتجوز إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز إجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك .

(فصل) وما لا تجوز إجارته أقسام .

أحدها : مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله ، لأن الإجارة عقد على المنافع وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها فإن استأجر شمعة يسرجها ويرد بقيتها ونحوها ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لأنه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان : ولو استأجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئا لم يجز لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزا لينظر إليه ، وكذلك لو استأجر طعاما ليتجمل به على مائدته ثم يرده لم يجز لما ذكرناه وهكذا سائر الأشياء ، ولا يصح استئجار مالا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لأنها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الإبل والبقر ليأخذ لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها

فصل

ولا تجوز إجارة الفعل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو إليه فجاز كإجارة الظئر للرضاع والبرأ يستقي منها الماء ولأنها منفعة تستباح بالإعارة فتستباح بالإجارة كسائر المنافع . وهذا مذهب الحسن وابن سيرين

ولنا ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عصب الفعل ، متفق عليه ، وفي لفظ ، نهى عن ضراب الجمل ، ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها ، وهذا أولى فإن هذا الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبه اللبن في الضرع .

فأما من أجازها فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقبل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لأن من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وإن اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل إلا أن يكثرى فلا لإطراق ماشية كثيرة كفعل يتركه في إبله أو تيس في غنمه فإن هذا إنما يكثرى مدة معلومة ، والمذهب أنه لا يجوز إجارته فإن احتاج إنسان إلى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يئذل الكراء وليس للطرق أخذه .

قال عطاء . لا يأخذ عليه شيئا ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليها فجاز كشراء الأسير ورشوة الظالم ليدفع ظله ، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لأنه فعل معروف فجازت مجازاته عليه كما لو أهدى هدية .

(فصل) القسم الثاني : ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور وكره ذلك الشعبي والنخعي لأنه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كإجارة أمته للزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا أنه انتفاع بمحرم فأشبهه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك ، ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ولا على حمل خنزير ولا ميتة لذلك ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لأن العمل لا يتعين عليه بدليل أنه لو حمله مثله جاز ولأنه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز .

وقد روى عن أحمد ويمن حمل خنزيراً أو ميتة أو خمرأ النصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للحمال بالكراه فإذا كان لمسلم فهو أشد ، قال القاضي هذا محمول على أنه استأجره ليريقها ، فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الأجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن حاملها والمحمولة إليه ، وقوله لا يتعين يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لاراقتها والميتة لطرحها ، والاستئجار للكنف لجائز لأن ذلك كله مباح ، وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم أبا ظبية لحججه ، وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يوجب نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لأن الأصل في ذلك راجع إلى الخمر .

(فصل)

ويكره أن يوجب الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كسب الحجام خبيث ، ونهى الحر عن أكله فهذا أولى ، وقد روى عن ابن عباس أن رجلاً حج ثم أتاه فقال : إني رجل أكس فماترى في مكسي ؟ قال أى شيء تكس ؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث أو نحو هذا ، ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ولأن فيه دناءة فكره كالحجامة ، فأما الإجارة في الجملة لجائزة لأن الحاجة داعية إليها فلا تندفع بدون إباحة الإجارة فوجب إباحتها كالحجامة .

(فصل) ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو يعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار ، وبه قال الجماعة .

وقال أبو حنيفة : إن كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه أصحابه واختلف أصحابه في تأويل قوله .

ولنا أنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه كإجارة عبده للفجور ولو اكتفى ذمى من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثوري وقال أصحاب الرأي إن كان بيتك في السواد والجبل فله أن يفعل ما شاء . ولنا أنه فعل محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة .

(فصل)

القسم الثالث : ما يحرم بيعه إلا الحر والوقف وأم الولد والمدبر فإنه يجوز إيجارتها وإن حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز إيجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الأبق والجمل النادر والبهيمة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فإنه لا تجوز إيجارته ، لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه وإن كان مما تجهل صفته فإنه لا تجوز إيجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن لا تقع فيه كسباع البهائم ، أو الطير التي لا تصلح للاصطياد ، ولا تجوز إجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز له إعارته فجازت إيجارته له كغيره ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن يغصب منفعته بأن يدعى إنسان أن هذه أئدة في إيجارته عاماً ويغلب صاحبها عليها فإنه لا تجوز إيجارتها في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه .

قال أصحابنا ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معاً ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إيجارته كالمغصوب وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه ، واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك ، وقد أومأ إليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إيجارته كالمفروز ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه لجواز مع غيره كالبيع ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً لجواز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً كالبيع ؛

ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريك أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشبه إجارة المصوب من غاصبه دون غيره ، وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول صح فإنه يمكنه تسليمه إليه وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسألة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه وإن أجر الدار لاثني لكل واحد منها نصفها فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منها إليه .

(فصل) وفي إجارة المصحف وجهان .

أحدهما : لا تصح إجارته مبنياً على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به وابتداله بالثمن في البيع والأجر في الإجارة .
والثاني : تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب ، فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارته ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارته لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفاً لينظر إلى عمله وتصاويره أو شمعا ليتجمل به .
ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجوز الإعارة له فجازت إجارته كسائر المنافع وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ولا جرت العادة بالإعارة من أجله وفي مسائلنا يحتاج إلى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه .

فصل

ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال : إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجوز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم .

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه ، والبيع لا يتعين فيه ذلك فإذا منع منه فلأن يمنع من الإجارة أولى ، فأما إن أجر نفسه منه

في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف نعله لأن عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمرة وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فلم ينكره وكذلك الأنصارى ، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الأثرم وإن كان في عمل شيء جاز .

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمى وهذا مطلق في نوعى الاجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى ما رواه الأثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ما ذكرنا وكلام أحمد إنما يدل على خلاف ما قاله فإنه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل ويفارق البيع فإن فيه اثبات الملك على المسلم ويفارق اجارته للخدمة لتضمنها الاذلال .

(فصل) نقل ابراهيم الحربي عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة لا يجوز وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصبح وقد لا يصبح ووربما صاح بعد الوقت .

(فصل) القسم الرابع : القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القرية يعنى أنه يشترط كونه مسلما كالامامة والاذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهرى وكره الزهرى واسحاق تعليم القرآن بأحبر .

وقال عبد الله بن شقيق هذه الرغبة التي يأخذها المعلنون من السحت ، ومن كره أحبرة التعليم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي . وعن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك حكاه أبو الخطاب .

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال : التعليم أحب إلى من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن يتوكل لرحيل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتحبر

لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى بأمانات الناس ، التعليم أحب الى ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكرامة لا للتحريم .

ومن أحباز ذلك مالك والشافعي ورخص في أحبور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً بما معه من القرآن متفق عليه ، وإذا حياز تعليم القرآن عوضاً في باب النكاح وقام مقام المهر حياز أخذ الإجابة عليه في الإجابة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحق ما أخذتم عليه أحبراً كتاب الله ، حديث صحيح ، وثبت أن أباسعيد رقى رجلاً بفاتحة الكتاب على جعل فبراً وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه وسألوه فقال : لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا الى معكم بسهم .

وإذا حياز أخذ الجعل حياز أخذ الإجابة لانه في معناه ، ولاته يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال لحاز أخذ الإجابة عليه كبناء المساجد والقناطر ، ولان الحاجة تدعو الى ذلك فإنه يحتاج الى الاستئابة في الحج عن وحبب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج الى بذل الإجابة فيه .

ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال ان آخر ما عهد الى النبي (ص) أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أحبراً ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى عبادة بن الصامت قال : علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى الى رجل منهم قوساً ، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم وقص عليه القصة ، قال : ان سرك أن يقلدك الله قوساً من نار فأقبلها .

وعن أبي بن كعب أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى اليه خيصة أو ثوباً فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار ، وعن أبي قال كنت أختلف الى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرمه القرآن فكان عند فراغه مما أقرمه يقول لجارية له هلي بطعام أخى فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسه منه شيء فذكرته للنبي (ص) فقال : ان كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وان كان يتحلفك به

فلا تأكله ، وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به ، روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سنته ، ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يحز أخذ الأجر عليها كما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو التراويح .

فأما الأخذ على الرقية فإن أحمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الأجر عليها والجعالة أوسع من الاجارة ، ولهذا تجوز مع جمالة العمل والمدة ، وقوله عليه السلام : أحق ما أخذتم عليه أجر آ كتاب الله ، يعنى به الجعل أيضاً في الرقية ، لانه ذكر ذلك أيضاً في سياق خبر الرقية .

وأما جعل التعليم صداقا ففيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال : زوجتكم على ما معك من القرآن ، فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق أكراما له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ، ونقل عنه جوازه ، والفرق بين المهر والاجر أن المهر ليس بعوض محض وإنما وجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الاجر في غيره ، فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجا إليه كان من المصالح وكان للأخذ له أخذه لانه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر .

(فصل)

فإن أعطى المعلم شيئا من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه ، قال فيما نقل عنه أيوب بن سافري لا يطلب ولا يشارط فإن أعطى شيئا أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلم إذا شرط ، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا ، ان أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخبيصة اللتين أعطيهما أبي وعادة من غير شرط ، ولأن ذلك قربة فلم يحز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام

ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم : ما أتاك من هذا المال من غير مسألة ولا اشراف نفس نخذه وتموله فإنه رزق ساقه الله اليك ، وقد أرخص النبي صلى الله عليه وسلم لأبي في أكل طعام الذي كان يعلمه اذا كان طعامه وطعام أهله ، ولأنه اذا كان بغير شرط كان هبة مجردة لحاز كما لو لم يعلمه شيئا ، فأما حديث القوس والخمصة فقضيتان في عين فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنها فعلا ذلك لله خالصا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتمل غير ذلك وان أعطى المعلم أجراً على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نصر عليه أحمد فقال : ان كان المعطى ينوى أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو اذا كان كذا ، ولأن هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً لحاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه وهكذا لو كان امام المسجد قima له يسرج قناديله ويكنسه ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويرفع حمله ويحجج عن أبيه فدفع له أجراً لخدمته ، لم يمتنع ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل)

وما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المساجد والقناطر جاز أخذ الاجر عليه لانه يقع تارة قرية وتارة غير قرية فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت ، وكذلك في تعليم الفقه والحديث ، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه ، وحججه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجر عليها بغير خلاف لان الاجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره هنا انتفاع فأشبهه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها .

(فصل) اذا اختلفا في قدر الاجر فقال : أجر تذاينها سنة بدينار قال : بل بدينارين تحالفا ويبدأ يمين الاجر ، نصر عليه أحمد ، وهو قول الشافعي ، لان الاجارة نوع من البيع ؛ فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله ، وان رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد ، وان فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

بعد تلفه ، وهذا قول الشافعى ، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله . وقال أبو ثور : القول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة فى الأجر والقول قول المنكر ولنا أن الإجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة . وقال ابن أبي موسى : القول قول المالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ، وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا فى المدة ، وأما إذا اختلفا فى العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه

(فصل) وان اختلفا فى المدة فقال : أجزتكها سنة بدينار قال : بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك . لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعثك هذا العبد بمائة قال : بل هذين العبدان ، وان قال أجزتكها سنة بدينار قال : بل سنتين بدينار ، فهنا قد اختلفا فى قدر العوض والمدة جميعاً فيتحالفان . لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا فى العوض مع اتفاق المدة . وان قال المالك : أجزتكها سنة بدينار ، فقال الساكن : بل استأجرتنى على حفظها بدينار فقال أحمد . القول قول رب الدار . إلا أن تكون للساكن بينة ، وذلك لأن سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهى ملك صاحبها ، والقول قوله فى ملكه والأصل عدم استئجار الساكن فى الحفظ فكان القول قول من ينفيه

(فصل)

وان اختلفا فى التعدى فى العين المستأجرة فالقول قول المستأجر ، لأنه مؤتمن عليها فأشبهه المودع ، ولأن الأصل عدم العدوان والبرائة من الضمان ، وان ادعى أن العبد أبق من يده ، وأن الدابة شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحمد روايتان :

أحدهما أن القول قول المستأجر لما ذكرنا ، ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الانتفاع
والثانية القول قول المؤجر ، لأن الأصل السلامة ، فأما ان ادعى أن العبد

مرض في يده نظرنا فإن جاء به صحيحا فالقول قول المالك ، سواء وافقه العبد أو خالفه ، نص عليه أحمد ، وإن جاء به مريضا فالقول قول المستأجر ، وهذا قول أبي حنيفة ، لأنه إذا جاء به صحيحا فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه ، وإن جاء به مريضا فقد وجد ما يخالف الأصل بقينا فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده ، وكذلك إن ادعى إبقائه في حال إبقائه أو جاء به غير آبق

ونقل إسحاق بن منصور عن أحمد . أنه يقبل قوله في إبقاء العبد دون مرضه وبه قال الثوري وإسحاق . قال أبو بكر : وبالأول أقول لأنهما سواء في تفويت منفعتهم فكانا سواء في دعوى ذلك . وإن هلك العين فاختلفا في وقت هلاكها أو آبق العبد أو مرض فاختلفا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر ، لأن الأصل عدم العمل ، ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل)

إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الأجر وقال أصحاب الشافعي : لا أجر لهما لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما فأشبه ما لو تبرعا بعمله

ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كمنقذ البلد ، وكما لو دخل حماما أو جلس في سفينة مع ملاح ، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض ، فاما أن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجرا إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به ، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد ، فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكة ، ولو دفع ثوبا إلى رجل ليبيعه فالحكم فيه كالحكم في القصار والخياط إن كان منتصبا يبيع للناس بأجر فله أجر مثله ، نص عليه أحمد ، وإن لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لأن الثياب تختلف أجرتها ، ولم يعين شيئا فجرى مجرى الإجارة الفاسدة فإن تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لأن مالا يضمن في العقد

الصحيح لا يضمن في فاسده وإن تلف من فعله بتخريقه أو دقة ضمنه . لانه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح ففي الفاسد أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوبا إلى قصار ليقصره ولم يقطع له أجراً بل قال : أنا أعطيك كما تعطى وهلك الثوب فإن كان بخرق أو نحوه مما لا يجنيه يده فلا ضمان عليه ، بين الكراء أو لم يبين والعلة في ذلك ما ذكرناه

(فصل) إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى مكة أو غيرها إلى صاحب له لحمله فوجد صاحبه غائباً فردده استحق الأجر بحمله في الذهاب والرد لأنه حمله في الذهاب بإذن صاحبه صريحاً وفي الرد تضمنيناً ، لأن تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فردده ، إذ ليس سوى رده إلا تضييعه ، فقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده والله أعلم .

كتاب أحياء الموات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة ، تسمى ميتة ومواتا وموتانا ، بفتح الميم والواو ، والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو ، يعني أعشى القلب لا يفهم والأصل في إحياء الأرض ما روى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرض ميتة فهي له » ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وروى سعيد بن زيد أن النبي (ص) قال « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ، وليس لعرق ظالم حق ، قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله . قال ابن عبد البر . وهو مسند صحيح منلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم

وروى أبو عبيد في الأموال عن عائشة قالت : قال رسول الله (ص) « من أحيا أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » ، قال عروة : قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته ، وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا في شروطه

« مسألة ، قال أبو القاسم (ومن أحياء أرضاً لم تملك فهي له)

وجملته أن الموات قسمان : أحدهما : ما لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة ، فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء ، والأخبار التي روينها متناولة له

القسم الثاني : ما جرى عليه ملك مالك ، وهو ثلاثة أنواع

أحدها : ماله مالك معين وهو ضربان : أحدهما ما ملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه ، الثاني ما ملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتاً فهو كالذي قبله سواء . وقال مالك : يملك هذا للعموم قوله « من أحياء أرضاً ميتة فهي له » ، ولأن أصل هذه الأرض مباح فإذا تركت حتى تصير مواتاً عادت إلى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه . ولنا أن هذه أرض يعرف مالكا فلم تملك بالاحياء ، كالتى ملكت بشراء أو عطية ، والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الأخرى « من أحياء أرضاً ميتة ليست لأحد » ، وقوله « في غير حق مسلم » ، وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه ، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « وليس لعرق ظالم حق » ، الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها ، ذكره سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بمالك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع ، ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى تشعث وما ذكره يبطل بالموات إذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتاً وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه ، ويخالف ماء النهر فإنه استهلك

النوع الثاني : ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي ، كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم ، فهذا يملك بالاحياء ، لأن ذلك الملك لا حرمة له ، وقد روى عن طاوس عن النبي (ص) أنه قال « عادى الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم » رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الأموال وقال : عادى الأرض كان بها ساكن . في آباء الدهر ، فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس ، وإنما نسبها

الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوى قوة وبطش وآثار كثيرة ، فتسب كل أثر قديم اليهم ، ويحتمل ان كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك ، كما لو علم مالكه

النوع الثالث : ما جرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمى غير معين فظاهر كلام الخرقى أنها لا تملك بالاحياء وهو أحد الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أحيا أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له ، فقيده بكونه في غير حق مسلم ولأن هذه الأرض لها مالك فلم يجر أحيائها كما لو كان معيناً فإن مالكها ان كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثها المسلمون .

والرواية الثانية : أنها تملك بالاحياء ، نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الاخبار ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك ، ولأنها ان كانت في دار الاسلام فهي كلقطة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز .

(فصل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الاسلام ، لعموم الاخبار ولأن عامر دار الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، فأما ما عرف أنه كان مملوكاً ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين . فإن قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبهه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام : عادى الأرض لله ولرسوله ، ولأن الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى

قلنا : قوله : عادى الأرض ، يعنى ما قدم ملكه ومضت عليه الأزمان وما كان كذلك فلا حكم للمالك . فأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكاً باقياً . وان لم يتعين فلهذا قلنا : لا يملك على إحدى الروايتين وأما الركاز فإنه ينقل ويحول وهذا بخلاف الأرض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الأرض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قال القاضي وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ، فجمع الموتان وجعله للسليين ولأن موتان الدار من حقوقها والدار للسليين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك .

ولنا عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم : من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، ولأن هذه جهة من جهات انتمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه إنما نعرف قوله : عادى الأرض لله ولرسوله ثم هو لكم بعد ومن أحيا مواتها من الأرض فله رقبته ، هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا يمتنع أن يريد بقوله : هي لكم ، أى لأهل دار الإسلام والذمي من أهل الدار تجرى عليه أحكامها ، وقولهم إنما من حقوق الإسلام ، قلنا وهو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها بالشراء ، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن والمقطة وهي من مرافق دار الإسلام .

فصل

وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طريقه ومسيل مائه ومطرح قامته وملق ترابه وآلاته فلا يجوز إحياءه بغير خلاف في المذهب ، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية ككنائنها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالاحياء ولا نعلم فيه أيضاً خلافاً بين أهل العلم : وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام : من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له ، مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لأن الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها .

وقال الشافعي : يملك بذلك وهو ظاهر قول الحرق في حريم البئر لأنه مكان استحققه بالاحياء فملكه كالمحي ، ولأن معنى الملك موجود فيه لأنه يدخل مع الدار

في البيع ويختص به صاحبها : فأما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصلحته ففيه روايتان إحداهما : يجوز إحياؤه ، قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحيا قطعيتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه ، وقال في جبانة بين قريتين : من أحياها فهي له ، وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام : من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث المزني العتيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياؤه كالبعيد .

(والرواية الثانية) لا يجوز إحياؤه ، وبه قال أبو حنيفة والليث لأنه في مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه إلى فئانه ويجعله طريقاً أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء في فئانه وغير ذلك ولم يحز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد .

إذا ثبت هذا : فإنه لا حد يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف ، وقال الليث : حده غلوة وهي خمس خمس الفرسخ ، وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذي إذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه . ولنا أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأى والتحكم ، ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كالقبض والاحراز ، وقول من حدد هذا تحكماً بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشيء آخر كميل ونصف ميل ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذي ذكرناه - والله أعلم - مختصر بما قرب من المصر أو القرية ولا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر لأنه يفضي إلى أن من أحيا أرضاً في موات حرم أحيا شيء من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن ذلك الحد .

(فصل) وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه كالمدينة وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها فلن أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتاً لم يملكه لأنهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتاً لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يملك عليهم

البلد لم يملك مواته ، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لأن دار الحرب على أصل الإباحة وهذه صالحان على تركها لهم فحرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحيائها لعموم الخبر ، ولأنها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالخشيش والخطب . وقد روى عن أحمد أنه ليس في السواد موات . يعني سواد العراق

قال القاضي : هذا محمول على العامر ، ويحتمل أن أحد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا ، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لأن ما دثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين .

(فصل) وإن نجر مواتاً وهو أن يشرع في إحيائه مثل إن أدار حول الأرض تراباً أو أحجاراً أو حاطمًا بحائط صغير لم يملكها بذلك لأن الملك بالاحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ، رواه أبو داود ، فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلة لأن صاحبه أقامه مقامه ، وإن مات فوارثه أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من ترك حقاً أو مالا فهو لورثته ، فإن باعه لم يصح بيعه لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ به ولكن سبق إلى معدن أو مباح قبل أخذه ، قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز بيعه لأنه له فإن سبق غيره فأحياء ففيه وجهان .

أحدهما : أنه يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما يملك به دون مالم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء لجاء غيره فأزاله وأخذه ، والثاني : لا يملكه ، لأن مفهوم قوله عليه السلام : من أحيى أرضاً ميتة ليست لأحد - وقوله - في حق غير مسلم فهي له ، إنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله : من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ،

وروى سعيد في سننه أن عمر رضى الله عنه قال : من كانت له أرض يعنى من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها .

وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولأن الثانى أحيا في حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما يتعلق به مصلحة ملك غيره ولأن حق المتحجر أسبق فيكون أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري ، فإن طالبت المدة عليه فينبغى أن يقول له السلطان إما أن نحياه أو تتركه ليحييه غيرك لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، فإن سأل الامهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فإن أحياه غيره في مدة المهمة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما وإن انقضت المدة ولم يعمر فله غيره أن يعمره ويملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان في عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر في ترك العماره قيل له إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها فإن لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر (رضى) أن من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، ومذهب الشافعى في هذا كله نحو ما ذكرنا .

{ فصل }

وللإمام إقطاع الموات لمن يحياه فيكون بمنزلة المتحجر الشارع في الإحياء لما روى ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحرث العقيق أجمع فلما كان عمر قال لبلال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحيزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر نخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي ، رواه أبو عبيد في الأموال وذكر سعيد في سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال ابن الحرث العقيق ، فلما ولي عمر بن الخطاب قال ما أقطعك لتحتججه فاقطعه الناس وروى علقمة بن وائل عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أرضاً بحضر موت قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح .

وقال سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله (ص) إلى عمر بن الخطاب فقال عمر : لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردوها ولكنها قطيعة من رسول الله (ص) فأنا أردناها ثم قال عمر رضي الله عنه . من كانت له أرض يعني من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها .

مسألة ، قال (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن يفرد بها الإنسان)

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملاح والماء والكبريت والقيروا والمومياء والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع العطين واشباه ذلك لا تملك بالإحياء ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له انه بمنزلة الماء العذرة ، كذا قال أحمد .

وروى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن حمال انه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح بمأرب فلما ولي قيل يا رسول الله اتدري ما أقطعت له ؟ انما أقطعت له الماء العذ فرجعه منه ، قال قلت يا رسول الله ما يحصى من الاراك ؟ قال : ما لم تنله أخفاف الابل ، وهو حديث غريب ، وروى في لفظ عنه أنه قال : لا حمى في الاراك ، ورواه سعيد فقال حدثني ياسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب فأقطعني ، فقيل يا رسول الله انه بمنزلة الماء العذ يعني أنه لا ينقطع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فلا اذن ، ولأن هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجوز احياءه ولا اقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين .

وقال ابن عقيل : هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غناء عنه

فلو ملكك أحد بالاحتجاز ملك منعه فضايق على الناس فإن أخذ العوض عنه أغلاه
نخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة. وهذا
مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفا .

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة
كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبللور والفيروزج فإذا
كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالاحياء لما ذكرنا فى التى قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة
فحفرها انسان وأظهرها لم تملك بذلك فى ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعى ،
ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعى لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل
والمؤنة فملك بالاحياء كالارض ، ولأنه بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة الى
تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا جاءها بماء أو حاطها .

ووجه الأول أن الاحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيأ بها المحيى للانتفاع
من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريبه يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع - فإن قيل
فلو احتفر بئرا ملكها وملك حريمها ، قلنا : البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد
حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فافتراقا ،
قال أصحابنا : وليس للإمام اقطاعها لأنها لا تملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك
ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع لبلال بن الحارث معادن القبيلة جلس بها
وغوريا ، رواه أبو داود وغيره .

(فصل)

ومن أحياء أرضا فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهرا كان أو باطنا
إذا كان من المعادن الجامدة لأنه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها
ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما إذا كان ظاهرا قبل
احيائها لأنه قطع عن المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وهنا
لم يقطع عنهم شيئا لأنه إنما ظهر بإظهاره له ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها
المعدن قبل احيائها لكان له احيائها وملكها بما فيها لأنه صار أحق به بتحجره
واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه .

وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت فى ملكه ؟

فيه روايتان ، أظهرهما : لا يملكها لقول النبي صلى الله عليه وسلم والناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلا والنار ، رواه الحلال ، ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الأرض كالكنز . والثانية : يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة .

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل الى النيل صار أحق به كالمتحجر الشارع في الاحياء فاذا وصل الى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقبلاً على الاخذ منه وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل ، وان حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه . واذا وصل الى ذلك العرق لم يكن له منعه ، سواء قلنا ان المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه ان ملكه فانما يملك المكان الذي حفره وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك . ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لانه لم يملكه انما ملك ما هو من أجزاء أرضه وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخل في أرضه من أجزاء الأرض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدناً فوصل الى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم تصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملكه بذلك ولو ملكه فان الأرض كلها تصير وقفا للمسلمين وهذا ينصرف الى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى .

(فصل) ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدناً ظاهراً كوضع على شاطئ البحر اذا صار فيه ماء البحر صار ملكاً بالاحياء وجاز للإمام اقطاعه لانه لا يضيق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات واحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيد وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتباً بهذا الانتفاع به .

(فصل) ومن ملك معدناً فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصل منه فهو لملكه ولا أجر للغاصب على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه أشبه ما لو حصد

زرع غيره ، وإن قال مالك : اعمل فيه ولك ما يخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لأنه إباحة من مالكه فلك ما أخذه كما لو أباحه الأخذ من داره أو بستانه وإن قال : اعمل فيه على أن ما رزق الله من نيل كان يتنا نصفين فعمل . فيه وجهان

أحدهما : يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال له احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ، ولأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الأمان . والثاني . لا يصح ، لأن ما يحصل منه مجهول ، ولأنه لا يصح أن يكون إجارة لأن العوض مجهول والعمل مجهول ولا جمالة لأن العوض مجهول ولا مضاربة لأن المضاربة إنما تصح بالأمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح وليس ذلك هنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لأن الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفا أو شيئا معلوما لم يصح لأنه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمضاربة لما ذكرنا ، ولأن المضاربة تكون بجزء من الثمن لا بدراهم معلومة ، قال أحمد : إذا أخذ معدنا من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي من ألف منا صفرا فلذلك مكروه ولم يرخص فيه والله الموفق .

فصل

إذا استأجر رجلا ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لأنها إجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لأن العمل مجهول ، وإن قال : إن استخرجته فلك دينار صح ويكون جمالة لأن الجمالة تصح على عمل مجهول إذا كان العوض معلوما .

(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له » فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منع منه لأنه يضيق على الناس ما لا نفع فيه فأشبه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة : وإن أطلال المقام والأخذ احتمل أن يمنع لأنه يصير كالمتملك له واحتمل أن لا يمنع لاطلاق الحديث ، وإن استبق إليه اثنان وضاق المكان عنها أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه

ويحتمل أن يقسم بينهما لانه يمكن قسمته وقد تساويا فيه فيقسم بينهما كما لو تداعيا
عينا في أيديهما ولا يئنه لأحدهما بها ويحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما لان
له نظراً ، وذكر القاضي وجها رابعا وهو أن الامام ينصب من يأخذ لهما ويقسم
بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي .

(فصل : وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء : قال أحمد في رواية
العباس بن موسى اذا نضب الماء عن جزيرة الى فناء رجل لم يبن فيها لان فيه ضرراً
وهو أن الماء يرجع يعني أنه الى ذلك المكان فإذا وجد مبنياً رجع الى الجانب الآخر
فأضر بأهله ولان الجزائر منبت الكلاً والخطب فجرت مجرى المعادن الظاهرة ،
وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا حمى في الاراك ، وقال أحمد في رواية حرب
يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات وقال اذا
نضب الفرات عن شيء ثم نبت فيه نبات لجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك
فأما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه فلا يزول ملكه
بغلبة الماء عليه ، وان كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة
لا ترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم
فيه حق فأشبهه التحجر في الموات .

(فصل : وما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس
لأحد احياؤه سواء كان واسعا أو ضيقا وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق لان
ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم فأشبهه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق
بالعمود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر
بالمارة لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير
انكار . ولانه ارتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاختياز .

قال أحمد في السابق الى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في
سوق المدينة فيما مضى ، وقد قال النبي (ص) : منى مناخ من سبق ، وله أن يظلل
على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وقابوت وكساء ونحوه ، لان الحاجة تدعو اليه
من غير مضرة فيه وليس له البناء لادكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس ويعثر به
المارة بالليل والضرير في الليل والنهار ، ويبقى على الدوام وربما ادعى ملكه بسبب

ذلك والسابق أحق به مادام فيه فإن قام وترك متاعه فيه لم يجوز لغيره إزالته لأن يد الأول عليه . وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت ، وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه ، ويحتمل أن لا يزال لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، وإن استبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما ، وإن كان الجالس بضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للإمام تمكينه بعوض ولا غيره ، قال أحمد : ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق ، قال القاضي : هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذى المارة لما تقدم ذكرنا له وقال لا يعجنى الطحن في العروب إذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري إنما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء ، قال أحمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها .

(فصل في القطائع) وهي ضربان ، أحدهما : اقطاع ارفاق وذاك اقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن للسابق إليها الجلوس فللإمام اقطاعها لمن يجلس فيها لأن له في ذلك اجتهاداً من حيث أنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه ، ولا يملكها المقطع بذاك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق إليها من غير اقطاع سواء إلا في شيء واحد وهو أن السابق إذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لأن استحقاقه لها يسبقه إليها ومقامه فيها فإذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق به وهذا استحق باقطاع الإمام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره الجلوس فيه ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ومنعه إذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه .

الثاني . اقطاع موات من الأرض لمن يحبسها فيجوز ذلك لما روى وأمل بن حجر . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أرضاً فأرسل معاوية أن أعطه إياه أو أعله إياه ، حديث صحيح ، وأقطع بلال بن الحارث المزني وأبيض بن حمال المازني ، وأقطع الزبير بن عدي فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال ، أعطوه من حيث وقع السوط ، رواه سعيد وأبو داود .

وذكر البخاري عن أنس قال : دعا رسول الله (ص) الانصار ليقطع لهم بالبحرين ، فقالوا يا رسول الله إن فعلت فاكذب لإخواننا من قريش بمثلها . وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضا ، وأن عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الأرت .

ويروى عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمر : إن قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين ، فإن رأيت أن تقطعها اتخذ فيها قصيلاً لحبلى فافعل . قال فكتب عمر إلى أبي موسى : إن كانت كما يقول فاقطعها إياه ، روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال

وروى سعيد عن سفيان عن أبي نجيع عن عمرو بن شعيب أن النبي (ص) أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً

إذا ثبت هذا : فإن من أقطعه الإمام شيئاً من الموات لم يملكه بذلك ، لكن يصير أحق به كالمتهجر للشارع في الأحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو ملكه لم يحجز استرجاعه ، ورد عمر أيضاً قطيعة أبي بكر لعبيدة بن حصن فسأل عبيدة أبا بكر أن يحدد له كتاباً فقال والله لا أجدد شيئاً رده عمر رواه أبو عبيد ، لكن المقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى بإحيائه ، فإن أحياء والا قال له السلطان إن أحييته والافارفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني أن رسول الله (ص) لم يقطعك لتعجبه دون الناس وإنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي ، وإن طلب المهلة لعذر أمهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يمهل على ما ذكرنا في المتحجر ، وإن سبق غيره فأحياء قبل أن يقال له شيء ، أو في مدة المهلة فهل يملكه ؟ على وجهين .

وقد روى عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله

صلى الله عليه وسلم الى عمر رضى الله عنه ، فقال عمر : لو كانت قطيعة منى أو من
أبي بكر لم أردوها ، ولكنها قطيعة من رسول الله (ص) فأنا أردوها ، فدل هذا على
أنها اذا كانت قطيعة من غير رسول الله (ص) فهي لمن أحيائها

والثاني لا يملكه لانه تعاق به حق المقطع ، ومفهوم قوله عليه السلام ، من
أحيا أرضا ميتة في غير حق مسلم فهي له ، انه اذا تعلق بها حق مسلم لم يحز إحيائها
وقد ذكرنا الوجهين في المتحجر ، وهذا مثله ، ومذهب الشافعى في هذا الفصل
كنحو ما ذكرنا .

فصل ، وليس للامام اقطاع مالا يجوز احياءه من المعادن الظاهرة ، لان
النبي (ص) لما استقطعه ابيض بن حمال الملح الذى بأرب ، فقبل يا رسول الله
انما أقطعت الماء العد فأرجعه منه ، ولان في ذلك تضيقا على المسلمين ، وفي اقطاع
المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا ينبغى أن يقطع الامام أحداً من الموات الا ما يمكنه احياءه ،
لان في اقطاعه أكثر من ذلك تضيقا على الناس في حق مشترك بينهم بمالا فائدة
فيه فإن فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن
الحرث ما عجز عنه من عمارته من العقيق الذى أقطعه اياه رسول الله (ص) .

(فصل فى الحمى ومعناه) أن يحصى أرضاً من الموات يمنع الناس رعى ما فيها
من الكلأ ليختص بهادونهم ، وكانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك ، فكان منهم
من اذا انتجع بلداً أو فى بلكب على نشر ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من
يسمع صوته بالعواء ، فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة
فيما سواه ، فنهى رسول الله (ص) عنه لما فيه من التضيق على الناس ومنعهم
من الانتفاع بشيء لهم فيه حق

وروى الصعب بن جثامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
« لا حمى الا لله ولرسوله » رواه ابو داود وقال « الناس شركاء فى ثلاث : فى
الماء والنار والكلأ » رواه الخلال ، وليس لاحد من الناس سوى الائمة ان يحصى
لما ذكرنا من الخبر والمعنى ، فأما النبي (ص) فقد كان له أن يحصى لنفسه

والمسلمين لقوله في الخبر : لا حمى إلا لله ولرسوله ، لكنه لم يحمى لنفسه شيئاً وإنما حمى للمسلمين ، فقد روى ابن عمر قال : حمى النبي (ص) النقيع لحبل المسلمين ، رواه أبو عبيد ، والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان ما يصير فيه من الماء .

وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً : ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال الناس التي يقوم الامام بحفظها ، وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوله . وقال في الآخر : ليس لغير النبي صلى الله عليه وسلم أن يحمى لقوله : لا حمى إلا لله ولرسوله .

ولنا أن عمر وعثمان حيا ، واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليها فكان إجماعاً . وروى أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، أحسبه عن أبيه : قال أتى أعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا : قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الاسلام : علام تحمينا ؟ فاطرق عمر وجعل يتفخ ويفتل شاربه . وكان إذا كربه أمر قتل شاربه وتفخ . فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حيت شبراً من الارض في شبر .

وقال مالك : بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر . وعن أسلم قال : سمعت عمر يقول لهنى حين استعمله على حمى الربرة : يا هنى اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة ، وادخل رب الصريمه والغنيمه ودعني من نعم ابن عوف ونعم بن عفان فإنها ان ملكت ماشيتها رجعا إلى نخل وزرع ، وإن هذا المسكين ان ملكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين ، قال لكلاً أهون على أم غرم الذهب والورق ، إنها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام : وانهم ليرون أنا ن ظلمهم ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ما حيت على الناس من بلادهم شيئاً أبداً ، وهذا إجماع منهم ، ولأن ما كان

لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم. وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما أطعم الله نبي طعمة الا جعلها طعمة لمن بعده ، وأما الخبر فمخصوص ، وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبي (ص) لنفسه ، لأن صلاحه يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يردده في المسلمين ، ففارق الأئمة في ذلك وساووه فيما كان صلاحاً للمسلمين ، وليس لهم أن يحموا إلا قدرأ لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم ، لانه انما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى ، وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(فصل) وما حماه النبي (ص) فليس لاحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه : ومن أحياء منه شيئاً لم يملكه ، وان زالت الحاجة اليه فقيه وجهان ، وما حماه غيره من الأئمة فغيره هو أو غيره من الأئمة جاز ، وان أحياء إنسان ملكه في أحد الوجهين ، لان حمى الأئمة اجتهاد وملك الارض بالاحياء نص ، والنص يقدم على الاجتهاد .

والوجه الآخر لا يملكه ، لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا والله أعلم

(فصل في أحكام المياه)

قد ذكرنا في البيع حكم ملكها وبيعها ، ونذكر هنا حكم السقي بها فنقول : لا يخلو الماء من حالين . إما أن يكون جارياً أو واقفاً ، فإن كان جارياً فهو ضربان أحدهما أن يكون في نهر غير مملوك ، وهو قسمان :

أحدهما ان يكون نهراً عظيماً كالنيل والفرات ودجلة وما أشبههما من الانهار العظيمة التي لا يستنصر أحد بسقيه منها ، فهذا لا تزاحم فيه ، ولكل أحد ان يسقي منها ما شاء متى شاء كيف شاء

القسم الثاني . أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سبل بتشاح فيه أهل الارض الشاربة منه ، فإنه يبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسل الى الذي يليه فيصنع كذلك ، وعلى هذا الى أن تنتهي الاراضي كلها ، فإن لم يفضل عن الاول شيء أو عن الثاني

أو عن يليم فلا شيء للباقيين لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، والاصل في هذا ما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الانصار خاضع الزبير في شراج الحرة التي يستقون بها إلى النبي (ص) فقال (ص) : اسق يا زبير ثم ارسل الماء إلى جارك ، فغضب الانصاري وقال : يا رسول الله إن كان ابن عمك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال : يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر ، قال الزبير : فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه ، ورواه مالك في موطئه عن الزهري عن عروة عن عبد الله بن الزبير .

وذكر عنه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال : نظرنا في قول النبي (ص) : ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر ، فكان ذلك إلى الكعبيين قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرح نهر صغير : والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود والجدر الجدار : وإنما أمر النبي (ص) الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسهيلاً على غيره ، فلما قال الانصاري ما قال استوعى النبي (ص) الزبير حقه . وروى مالك في الموطأ أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سبل مهروز ومذيئب يسك حتى الكعبيين ثم يرسل الأعلى على الأسفل قال ابن عبد البر : هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة معمول به عندهم

قال عبد الملك بن حبيب : مهروز ومذيئب واديان من أودية المدينة يسبلان بالمطر وتتنافس أهل الحواطط في سيلهما . وروى أبو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراهم يذكرون أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله (ص) في سبل مهروز ، والسبل الذي يقتسمون ماءه ، ففضي بينهم رسول الله (ص) أن الماء إلى الكعبيين لا يحبس الأعلى على الأسفل ولأن من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق إلى الماء فكان أولى به ، كمن سبق إلى المشرعة ، فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة ، منها مستعليه ومنها مستغلة سقى كل واحدة منهما على حدتها

وان استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ان أمكن
وان لم يمكن أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فإن كان الماء لا يفضل عن
أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر وليس له أن يسقى
بجميع الماء لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم في استيفاء
الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما
فضل عن الأعلى .

فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر
الأرض لأن الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءاً من الماء
كما لو كان لشخص ثالث ، وإن كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سبل
وجاء إنسان ليحجي مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى
قبلهم لأنهم أسبق إلى النهر منه ، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها
ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها ، وهل لهم منعه من إحياء ذلك
الموات ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس لهم منعه لأن حقهم في النهر لا في الموات .

والثاني : لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقى لتقديمه
عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجهل الحال ، فإذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إنسان
إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتاً ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا
ثالث فوق الثاني كان للأسفل السقى أولاً ثم الثاني ثم الثالث ويقدم السبق إلى
الاحياء على السبق إلى أول النهر لما ذكرنا .

(فصل) الضرب الثاني الماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضا قسمان .

أحدهما : أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل
بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجير وشروع في الاحياء فإذا
اتصل الحفر كمل الاحياء وملكه لأن الملك بالاحياء أن تنتهي العبارة إلى قصدتها
بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك ، وسواء أجرى فيه الماء أو لم
يجره لأن الاحياء يحصل بأن يهيش الانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكها
لقرار النهر وحافته ، وهو أَوْه حق له وكذلك حريمه وهو ملق الطين من كل جانب

وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك ؛ وكذلك حريم البئر ، وهذا مذهب الشافعي ، وظاهر قول الخرقي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أحيا أرضاً لم تملك فهي له ، وإحيائها أن يحوط عليها حائطا أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليتها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك .

فإذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لأنه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فإن كفى جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم وإن تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك فتؤخذ خشبة علية أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حروز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به ، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك فإذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد .

وإن كان لواحد الخمسان والباقي لاثنتين يتساويان فيه جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فإن كان النهر لمشرة خمسة منهم أراض قريبة من أول النهر وخمسة أراض بعيدة جعل لأصحاب القرية خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقيين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم خمسة أخرى .

وإن أراد أحدهم أن يجري ماء في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاه لأنه يتصرف في ساقيته ويخرب حافتها بغير إذنه ، ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا : أن الماء لا يملك أن حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ؛ وأن السابق أحق بالسقي منه ، ثم الذي يليه على ما ذكرنا ، لأنه غير مملوك فكان السابق إليه أحق به ، كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ، والله أعلم .

فصل

وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية ، فله أن يسقي به ماشاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر ، أو لم يكن ، وله أن يعطيه من يسقي به ، وقال القاضى وأصحاب الشافعى . ليس له سقى أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء لان ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك ، فيستضر الشركاء . ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ، ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى ، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الاخرى ، لم يجوز لانه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين .

وانما أن هذا ماء انفرد باستحقاقه ، فيكان له أن يسقي منه ماشاء ، كما لو انفرد به من أصله ، ولا نسلم ما ذكروه في الدارين ، وان سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك لان الظاهر أن لكل دار سكنا فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطرافا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطرافه ، وهنا إنما يسقى من ساقية المفردة التي لا يشاركه غيره فيها ، فلو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقية لم يتضرر بذلك أحد .

ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقى بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر ، فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها ، وان كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه . فإن ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ما مضى .

(فصل ولكل واحد منهم ان يتصرف في ساقية المختصة به بما أحب من اجراء غير هذا الماء فيها أو عمل رحن عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمتد على طرفي النهر أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات ، لانها ملكة لاحق لغيره فيها ، فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه يتصرف في النهر المشترك ، وفي حريمه بغير إذن شركائه ، وقال القاضى في العبارة : هذا بنى على الروايتين ، فيمن أراد أن يجرى ماءه في أرض غيره ، والصحيح انه لا يجوز هنا ، ولا يصح قياس هذا على اجراء الماء في أرض غيره

لأن إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها ، لأنه يسقى عروق شجره ويشربه أولاً وآخرأ : وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولم يسق له شيئاً .

ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئاً ، يسقى به أرضاً في أول النهر أو غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجوز لأنهم صاروا أحق بالماء الجارى في نهرهم من غيرهم ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج الى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره : ولو قاض ماء هذا النهر الى ملك إنسان فهو مباح كالطائر بعشش في ملك إنسان وهذا كله مذهب الشافعى فيه نحو مما ذكرنا .

(فصل)

وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصّة يوماً وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل ، وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس الى وقت الزوال وللآخر من الزوال الى الغروب ونحو ذلك جاز .

وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة ترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء الى علامة كانت ساعة وإذا انتهى الى الأخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها الى أسفلها في ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل الى الموضع الذى كان فيه في مثل ذلك المقدار أو بميزان الشمس الذى تعرف به ساعات النهار أو بمنازل القمر في الليل ونحو ذلك جاز فإذا حصل الماء لأحدهم في نوبته فأراد أن يسقى به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنساناً أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز ، وعلى قول القاضى وأصحاب الشافعى ينبغى أن لا يجوز لما تقدم في مثل ذلك .

وإن أراد صاحب النوبة أن يجرى مع مائه ماء له آخر يسقى به أرضه التى لها رسم شرب من هذا النهر أو أرضاً له أخرى أو سأل إنسان أن يجرى ماء له مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن استأجر أرضاً جاز أن يجرى

فيها ماء في نهر محفور اذا كان فيها ولانه مستحق لنفع النهر في نوبته بإجراء الماء فأشبهه مالو استأجرها لذلك .

(فصل) القسم الثاني : ان يكون منبع الماء مملوكا مثل ان يشترك جماعة في استنباط عين واجرائها فإنهم يملكونها ايضا لان ذلك احياء لها ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما انفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في القسم الذي قبل هذا الا ان الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبهه مالو دخل صيد بستانه وههنا يخرج على روايتين أحدهما انه غير مملوك ايضا ، وقد ذكرنا ذلك ، وعلى كل حال فلكل احد ان يستقى من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في اشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير اذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يذكهم ولاهم عذاب اليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل ، رواه البخاري .

وعن بهيسة عن ابيها انه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الماء ، قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال الملح ، قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال ان تفعل الخير خيرا ، رواه ابو داود ، ولان ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر . فاما ما يؤثر فيه كسقى الماشية الكثيرة ونحو ذلك فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذلك وان لم يفضل لم يلزمه ، وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع .

(فصل)

اذا كان النهر او الساقية مشتركا بين جماعة فان أرادوا إكراهه او سد بثق فيه او اصلاح حائطه او شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فان كان بعضهم ادنى الى اوله من بعض اشترك الكل في إكراهه واصلاحه الى ان يصلوا الى الاول ثم لا شيء على الاول ويشترك الباقيون حتى يصلوا الى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل الى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي .

وحكى ذلك عن ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في إكراهه

كله لانهم ينتفعون بجميعه فان ما جاوز الاول مصب لمائه وان لم يسق أرضه .
ولنا أن الاول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص
بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في ثمنه فان كان
يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج الى مصرف فؤنة ذلك المصرف على جميعهم
لانهم يشتركون في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله .

مسألة ، قال (واحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا)

ظاهر كلام المحرق أن تحويط الأرض إحياء لها ، سواء أرادها للبناء أو للزراعة
أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ، ونصر عليه أحمد في رواية علي بن سعيد
فقال : الاحياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئراً أو نهراً ، ولا يعتبر في ذلك
تسقيف ؛ وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
« من أحاط حائطا على أرض فهي له » ، رواه أبو داود والامام أحمد في مسنده .
ويروى عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ، ولأن الحائط حاجز يمنع
فكان إحياء ، أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم ، ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به ،
بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بنحس وأجر وقسمها يورثها فإنه يملكها ، وهذا
لا يصنع للغنم مثله ، ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع ما وراءه ويكون مما جرت
العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان ، فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها
كأهل حوران وفلسطين أو بالطين كالقطائف لاهل غوطة دمشق أو بالخشب أو
بالقصب كأهل الغور كان ذلك إحياء ، وان بناء بأرفع مما جرت به عادته كان
أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان :

احداها : ما ذكرنا .

والثانية : الاحياء ما تعارفه الناس احياء . لان الشرع ورد بتعليق الملك على
الاحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ما كان إحياء في العرف
كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف
ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان ، فكذلك
يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ، ولان النبي (ص) لا يعلق حكماً على

ما ليس إلى معرفته. طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفة إذ ليس له طريق سواه

إذا ثبت هذا ، فإن الأرض تحي داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة ، فأحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها الانتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار ، فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة وتسقيفها ، لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك .

وأما الحظيرة فأحيائها بحائط جرت به عادة مثلها ، وليس من شرطها التسقيف لأن العادة ذلك من غير تسقيف . وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك .

ولو خندق عليها خندقاً لم يكن إحياء . لأنه ليس بحائط ولا عمارة ، إنما هو حفر وتخريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن إحياء وكان حجراً ، لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو من ذلك . ولو نزل منزلاً فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن إحياء .

وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لإمكان الزرع فيها ، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء فبأن يسوق إليها ماء من نهر أو بئر ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها ، كأرض الحجاز فبأن يقلع أحجارها ويقيها حتى تصلح للزرع ، وإن كانت غياضاً وأشجاراً كأرض الشعري فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها التي تمنع الزرع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها إلا بحبس الماء عنها كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء الكثير ، فأحيائها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها ، لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك في كل عام ، فكان إحياء ، كسوق الماء إلى الأرض التي لا ماء لها .

ولا يعتبر في إحياء الأرض حرثها ولا زرعها ، لأن ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها ، فلم يعتبر في الإحياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ، ولا يحصل الإحياء بذلك إذا فعله لمجرد ما ذكرنا .

ولا يعتبر في إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت ، وبهذا قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية ، إلا أن له وجهاً في أن حرثها

وزرعها إحياء لها ، وإن ذلك معتبر في أحيائها ولا يتم بدونه . وكذلك نصب الأبواب على البيوت ، لأنه مما جرت العادة به فأشبهه التسقيف ، ولا يصح هذا لما ذكرنا . ولأن السكني ممكنة بدون نصب الأبواب فأشبهه تطيين سطوحها وتبييضها .

« مسألة ، قال (أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حولها وإن سبق إلى بئر عادية لحريمها خمسون ذراعاً)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد ، ولم يرد عاداً بعينها ، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم ، فكل من حفر بئراً في موات التملك فله حريمها خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب . ومن سبق إلى بئر عادية كان أحق بها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب ، نص أحمد على هذا في رواية حرب وعبد الله واختاره أكثر أصحابنا .

وقال القاضي وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها على الحقيقة ما يحتاج إليه في ترقية ماؤها منها . فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره ، وإن كان بساقبة فقدر طول البئر . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « حريم البئر مد رشائها ، أخرجه ابن ماجه ، ولأنه المكان الذي تمشي إليه البهيمة ، وإن كان يستقي منها يده فقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها .

وإن كان المستخرج عينا لحريمها القدر الذي يحتاج إليه صاحبها للاقتفاع بها ولا يستضر بأخذه منها ولو على ألف ذراع ، وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرايته بحكم العرف في ذلك ، لأن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها .

وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراع ، لأن أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « حريم

البئر أربعون ذراعاً لأعطان الابل والغنم ، وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد .
ولنا ما روى الدارقطني والحلال بإسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال : حريم البئر البدن خمس وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون
ذراعاً ، وهذا نص .

وروى أبو عبيد بإسناده عن يحيى بن سعيد الانصارى أنه قال : السنة في
حريم القلب العادي خمسون ذراعاً والبدن خمس وعشرون ذراعاً ، وإسناده
عن سعيد بن المسيب قال : حريم البئر البدن خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها
كلها وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادية
خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ، ولأنه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر
الحاجة كالحائط ، ولأن الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فإنه يحتاج
الى ما حولها عطناً لإبله وموقفاً لدوابه وغنمه وموضعا يجعل فيه أحواضاً يستقى
منها ماشيته ، وموقفاً لدابته التي يستقى عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج
اليه لترقية الماء ، وأما حديث أبي حنيفة لحديثنا أصح منه ورواهما أبو هريرة
فيدل على ضعفه .

إذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقى أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر : وعند
الشافعي والقاضي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا .

(فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء ، وإن لم يصل الى الماء ، فهو كالمشجر
الشارع في الأحياء على ما قدمناه ؟ ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر
التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجها
ليكون ذلك أحياء لها .

وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لأحد احتجاره ومنعه لأنه
يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس ، وهكذا العيون النابعة
ليس لأحد أن يختص بها ، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها أو
لينتفع هو بها مدة اقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها ،
فإذا تركها صارت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وما دام مقبلاً عندها

فهو أحق بها ، لأنه سابق اليها فهو كالمتحجر الشارع في الأحياء .
 (فصل) وإذا كان لإنسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما تمد اليه
 أغصانها حواليتها ، وفي النخلة مد جريدتها لما روى أبو داود بإسناده عن أبي سعيد
 قال . اختصم إلى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة ، فأمر بجريدة من جرايدها
 فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك .

وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها : وان سبق إلى شجر مباح
 كالزيتون والحروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالمتحجر الشارع في الأحياء ،
 فإن طعمه ملكه بذلك وحريمه لأنه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو كسوق الماء
 إلى الأرض الموات : ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق
 إليه مسلم فهو أحق به .

(فصل)

ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء البئر الأولى
 فليس له ذلك . سواء كان تحتفر الثانية في ملكه ، مثل رجلين متجاورين في دارين
 حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى إليها ماء الأولى ،
 أو كانتا في موات فسبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً تجتذب
 ماء الأولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية ، لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه
 على وجه يضر بالمالك قبله .

وقال في الأولى : له ذلك ، لأنه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله
 كتعليق داره .

وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره
 مدبغة أو حماماً يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانته ، أو يحفر في أصل
 حائطه حشاً يتأذى جاره برائحته وغيرها ، أو يجعل داره مخبزاً في وسط العطارين
 ونحوه مما يؤذى جيرانه ، فلا يحل له ذلك ، وقال الشافعي : له ذلك كله لأنه
 تصرف مباح في ملكه أشبه ببناءه ونقصه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، ولأنه أحداث

ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكاللقاء السباد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نحوها مما تسرى عروقه فتشق حائط مصنع جاره ويتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها إن غرسها ، ولو كان هذا الذي يحصل منه الضرر سابقا مثل من له في ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا انسان الى جانبه مواتا وبناه داراً يتضرر بذلك لم يلزم ازالة الضرر بغير خلاف نعله لأنه لم يحدث ضرراً والله تعالى أعلم .

« مسألة ، قال وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق اليه ياذن الامام أو غير اذنه)

وجملة ذلك أن احياه الموات لم يفتقر الى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ؛ وقال أبو حنيفة يفتقر الى اذنه لأن للإمام مدخلا في النظر في ذلك بدليل أن من تحجر مواتا فلم يحيه فإنه يطالبه بالاحياء أو الترك فافتقر الى اذنه كال بيت المال .

ولنا عموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا فهي له » ، ولأن هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها الى اذن الامام كأخذ الحشيش والخطب ، ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه ألا ترى أن من وقف في مشرعة طالبه الامام أن يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتقر ذلك الى اذنه ؛ وأما مال بيت المال قائما هو مملوك للسلطين وللإمام ترتيب مصارفه فافتقر الى اذنه بخلاف ما ألتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كالحشيش والخطب والصيد والثمار المباحة في الجبال .

(فصل فاما ما سبق اليه فهو الموات اذا سبق اليه فتحجره كان أحق به ، وإن سبق الى بئر عادية فشرع فيها يعمرها كان أحق بها ، ومن سبق الى مقاعد الاسواق والطرقات أو مشاريع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والخطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس ، واللقطة واللقيط وما يسقط من الثلج وسائر المباحات من سبق الى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج الى اذن الامام ولا اذن غيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » ، والله الموفق .

كتاب الوقوف والعطايا

الوقوف جمع وقف ، يقال منه وقفت وقفاً : ولا يقال أوقفت إلا في شاذ اللغة ، ويقال حبست وأحبست ، وبه جاء الحديث : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ،

والعطايا جمع عطية ، مثل خلية وخلايا ، وبلية وبلايا ، والوقف مستحب ، ومعناه تحسيس الأصل وتسبيل الثمرة .

والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال : أصاب عمر أرضاً بخير ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها : فقال يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها ؟ فقال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث ، قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير منائل فيه أو غير متمول فيه . متفق عليه

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له ، قال الترمذي . هذا حديث حسن صحيح ، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . قال جابر ، لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ، ولم ير شريح الوقف وقال لا حبس عن فرائض الله قال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجردة ، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكام بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس وخالفه أصحابه فقالوا كقول سائر أهل العلم .

واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط ، فردده رسول الله

صلى الله عليه وسلم ثم مائتا فورثها . رواه المحاملى فى أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القرية من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة . وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله (ص) وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر فى وقفه : لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث . قال الترمذى رحمه الله . العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم فى ذلك اختلافا .

قال الحميدى . تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة . وتصدق على بأرضه ينيع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده . وعمر بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده ، وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده ، فذلك كله إلى اليوم .

وقال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ، وهذا إجماع منهم ، فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعا ؛ ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية فإذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ، وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف . والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف ، استتاب فيها رسول الله (ص) فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ، ولهذا لم يردها عليه ، إنما دفعها إليهما ، ويحتمل أن الحائط كان لها وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنها فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذه وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فردا إليهما . والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم وإنما تفتقر إلى القبض ، والوقف لا يفتقر إليه فافترقا

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله عليه (ومن وقف فى صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه)

فى هذه المسألة فصول ثلاثة :

أحدهما : أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب ، وهو المشهور من مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة . وعن أحمد لا يزول ملكه ، وهو قول مالك ، وحكي قولاً للشافعي رضي الله عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « حبس الأصل وسبل الثمرة » ،

ولنا أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعق ، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالمالك المطلق . وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث . وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ، ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

الفصل الثاني : أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به ، لأن الوقف يحصل به

وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى : لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده ، وقال : الوقف المعروف أن يخرج من يده إلى غيره ويوكل فيه من يقوم به ، اختاره ابن أبي موسى ، وهو قول محمد بن الحسن ، لأنه تبرع بمال لم يخرج من المالة فلم يلزم بمجرد كاليه والوصية

ولنا ما روينا من حديث عمر ، ولأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرد كالعق ، ويفارق الهبة فإنها تملك مطلق والوقف تحبس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعق أشبه فالجاء به أولى

الفصل الثالث : أنه لا يفتقر إلى القبول من الموقوف عليه ، ذكره القاضي . وقال أبو الخطاب : إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول ، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان .

أحدهما اشتراطه لأنه تبرع لآدمي معين فكان من شرطه القبول كاليه والوصية بحقه أن الوصية إذا كانت لآدمي معين وقفت على قبوله ، وإذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول . كذا هنا

والوجه الثاني لا يشترط القبول لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول

كالنوع الآخر ، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يعتبر فيه القبول كالعق : وهذا فارق الهبة والوصية ، والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين ، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم : إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعي .

فإذا قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده ، وكان رده وقبوله وعدمهما واحد كالعق ، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فردة من وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه ، وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفة ، فإن قلنا بصحته فهل ينتقل في الحال إلى من بعده ، أو يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ، ثم ينتقل إلى من بعده ؟ على وجهين ، وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى

فصل في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب ، قال أحمد :

إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم ، وهذا يدل على أنهم ملكوه وروى عن أحمد أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ، وإنما ينتفعون بغلتها . وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أى لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك في الوقف اللازم ، بل يكون حقاً لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين ، والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة . فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعق

ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماله فوجب أن ينقل الملك إليه كالهبة والبيع ، ولأنه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية . ويفارق العق فإنه أخرجه عن المالية ، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كام الولد

(فصل)

والفاظ الوقف ستة . ثلاثة صريحة وثلاثة كناية . فالصريحة وقفت وحبست وسبلت ، متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد ، لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس ، وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمره إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها ، فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق

، أما الكناية . فهي تصدقت وحرمت وأبدت . فليست صريحة . لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة . فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات ، والتحريم يستعمل في الظهار والايان ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره ، والتأييد يحتمل تأييد التحريم وتأييد الوقف ، وقد ثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجردهما . فكنايات الطلاق فيه . فإن انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها . أحدها أن ينضم اليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول : صدقة موقوفه أو محبسه أو مسيلة أو محرمة أو مؤبدة : أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محسنة أو مسيلة أو مؤبدة . الثاني أن يصحبها بصفات الوقف فيقول . صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث . لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك . الثالث أن ينوي الوقف فيكون على ما نوى إلا أن النية تجعله وقفا في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمير . فإن اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره ، وإن قال ما أردت الوقف قالوا قوله لأنه أعلم بما نوى

(فصل) وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه ، أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها أو سقاية ويأذن في دخولها ، فإنه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتا في المسجد وأذن فيه لم يرجع فيه ، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع . وهذا قول أبي حنيفة . وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفا إلا بالقول ، وهذا مذهب الشافعي ، وأخذ القاضي من قول أحمد إذا سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطا على أرض لجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال : إن كان جعلها لله فلا يرجع

وهذا لا ينافي الرواية الأولى فإنه أراد بقوله إن كان جعلها الله أى نوى بتحويلها جعلها الله فهذا تأكيد الرواية الأولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويل مع النية وإن أراد بقوله جعلها الله أى اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي الرواية الأولى بعينها وإن أراد وقفاً بلسانه فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويل والنية وهذا لا ينافي الرواية الأولى لأنه في الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب روايه واحدة والله أعلم ، واحتجوا بأن هذا تحبيس أصل على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء .

ولنا أن العرف جارٍ ذلك وفيه دلالة على الوقف لجاز أن يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم إلى ضيفه طعاماً كان إذناً في أكله ومن ملأ خاية ماء على الطريق كان تسبيلاً له ومن نثر على الناس ثاراً كان إذناً في التقاطه وأبيع أخذه وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير إذن مباح بدلالة الحال ، وقد قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ ، وكذلك الهبة والهدية ندلالة الحال ، فكذلك ههنا ، وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كسالتنا والله أعلم .

« مسألة ، قال (ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منفعه)

وجملة ذلك : أن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً ، فقد صارت منفعه جميعها للوقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منفعه فلم يحز أن ينتفع بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملة منفعه أن يقف مسجداً فله أن يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها ، أو بئراً للمسلمين فله أن يستقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم في هذا كله خلافاً ، وقد روى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه ، أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين

« مسألة ، قال (إلا أن يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار ما يشترط)

وجملته : أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح

الوقف والشرط ، نص عليه أحمد ، قال الأثرم قيل لأبي عبد الله يشترط في الوقف أن أنفق على نفسي وأهلي منه . قال نعم ، واحتج قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدرى أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر .

وقال الناضى : يصح الوقف رواية واحدة لأن أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزيير وابن شريح ، وقال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف ، لأنه إزالة الملك فلم يحز اشتراط نفقه نفسه كالبيع والهبة ، وكأ لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به :

وانا الخبر الذى ذكره الإمام أحمد ، ولأن عمر رضى الله عنه لما وقف قال : ولا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه ، وكان الوقف فى يده الى أن مات ، ولأنه إذا وقف وقفاً عاماً كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر كان له الانتفاع به فكذلك ههنا ، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة ، وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه ، فإن عمر رضى الله عنه لم يقدر ما يأكل الوالى ويطعم إلا بقوله : بالمعروف ، وفى حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغى أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات فى اثنتائها والله أعلم .

(فصل وإن شرط أن يأكل أهله منه صح الوقف والشرط . لأن النبى (ص) شرط ذلك فى صدقته ، وإن اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز لأن عمر رضى الله عنه شرط ذلك فى صدقته التى استشار فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لأن عمر ولى صدقته ، وإن وليها أحد من أهله ، كان له ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلى صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر .

(فصل وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه ، لم يصح الشرط

ولا الوقف لا نعلم فيه خلافاً ، لأنه يناقى مقتضى الوقف ، ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن شرط الخيار في الوقف فسد ، نص عليه أحمد : وبه قال الشافعي ، وقال أبو يوسف — في رواية عنه يصح ، لأن الوقف تملك المنافع لجاز شرط الخيار فيه كالإجارة .

ولنا أنه شرط يناقى مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط أن له يبيعه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى . فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعقود ، ولأنه ليس بعقد معاوضة ، فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالمهبة ، ويفارق الإجارة فإنها عقد معاوضة وهي نوع من البيع . ولأن الخيار إذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف . وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم ينفع التصرف فافترقا .

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ، ويخل من شاء من غيرهم لم يصح ، لأنه شرط يناقى مقتضى الوقف فافسده ، كما لو شرط أن لا ينتفع ، وإن شرط الناظر أن يعطى من يشاء من أهل الوقف ، ويحرم من يشاء جاز ، لأن ذلك ليس بإخراج للوقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقاً في الوقف ، إذا انصف — بإرادة الوالي لعطيته ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه ، فأشبه ما لو وقف على المشتغلين من ولده فإنه يستحق منهم من اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق ، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه والله أعلم .

(فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون سفلها أو سفلها دون علوها صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح ، لأن المسجد يتبعه هواه .

ولنا أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها ، ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والنصرف لجاز فيما ذكرنا كالبيع .

(فصل) وان جعل وسط داره مسجداً ، ولم يذكر الاستطراق صح ، وقال أبو حنيفة : لا يصح حتى يذكر الاستطراق .

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصيح ، وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجر بيتاً من داره .

(فصل) إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده فقيه روايتان .
 احدهما : لا يصح ، فإنه قال في رواية أبي طالب ، وقد سئل عن هذا فقال :
 لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله ، وفي سبيل الله ، فإذا وقف عليه حتى يموت
 فلا أعرفه فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا : وهل يبطل الوقف على
 من بعده ؟ على وجهين : بناء على الوقف المنقطع الابتداء ، وهذا مذهب الشافعي
 لأن الوقف تملك للربة والمنفعة .

ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال
 نفسه ، ولأن الوقف على نفسه ، إنما حاصله منع نفسه التصرف في ربة الملك
 فلم يصح ذلك كما لو أفرد به بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهله ولا أورثه ، ونقل
 جماعة أن الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى : قال ابن عقيل وهي أصح ، وهو
 قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط
 أن يرجع إليه شيء من منافعه ، ولأنه يصح أن يقف وفقا عاما فينتفع به كذلك
 إذا خص نفسه بامتفاعه والأول أقبح .

• مسألة ، قال (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من
 أولاد البنين بينهم بالسوية إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم)
 في هذه المسألة فصول أربعة :

الأول : أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف
 بين القوم وأولادهم : ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك إن لم تقترن به
 قرينة تقتضي ترتيبا ، لأن الواو تقتضي الاشتراك ، فإذا اجتمعوا اشتركوا ولم
 يقدم بعضهم على بعض ، وبشارك الآخر الأول ، وإن كان من البطن العاشر ؛
 وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لأنه يحتمل أن لا يكون حملا فلا يثبت له
 حكم الولد قبل انفصاله .

(فصل) فإن قال : وقفت على أولادي ثم على المساكين ، أو قال : على ولدي
 ثم على المساكين ، أو على ولد فلان ، ثم على المساكين ، فقد روى عن أحمد :

ما يدل على أنه يكون وقفاً على أولاده وأولاد أولاده من الأولاد البنين ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك ، قال المروزي : قلت لأبي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد ، وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين ، فالضيعة موقوفة عليهم ، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء ، لأنهم من رجل آخر .

وقال أيضاً فيمن وقف على ولد علي بن إسماعيل ، ولم يقل إن مات ولد علي ابن إسماعيل دفع إلى ولد ولده ، فمات ولد علي بن إسماعيل . دفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علي بن إسماعيل .

ووجه ذلك أن الله تعالى قال يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين (فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا . ولما قال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) فتناول ولد البنين ، وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين ، فالمطلق من كلام الأدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ، ولأن ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى يا بني آدم — و — يا بني إسرائيل (وقال النبي (ص) ارموا بني إسماعيل ، فإن أباكم كان رامياً ، وقال نحن بنو النضر بن كنانة ، والقبائل كلها تنسب إلى جدودها ، ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة .

وقال القاضي وأصحابه : لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات لأن الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولده لصلبه ، وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً وهذا يصح نفيه فيقال : ما هذا ولدي إنما هو ولد ولدي ، وإن قال علي ولدي لصلبي فهو أكد ، وإن قال علي ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الأول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث .

وإن قال علي ولدي وولد ولدي وولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم وموضع الخلاف المطلق ، فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف مثل أن يقول علي ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الأولاد بغير خلاف .

وكذلك إن قال علي أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم علي غيرهم أو قال فإذا خلت الأرض من عقب عاد إلى المساكين أو قال علي ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثاني أو قال الأعلى فالأعلى وأشبه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع نسله وعاقبته ، وإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول علي ولدي لصلي أو الذين يلونني ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم .

وإذا قلنا بالتعميم فيهم إما للقرينة وإما لقولنا بأن المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكا ولا ترتيباً ، واحتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك لأنهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركا كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل إن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولداً فقال إن مات بعض ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علي بن اسماعيل لجمعه لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولم يستحق ولد البنين شيئاً مع وجود آبائهم واستحقوا عند تقديم كذا ههنا ، فأما إن وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال .

(فصل) وإن رتب فقال : وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو علي أولادي ثم علي أولاد أولادي أو علي أولادي فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادي فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض البطن كله ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه ، وإن قال علي أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً

على ولده كان ذلك دليلا على الترتيب لأنه لو اقتضى التثريب لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم أبيه صار له سهمان وغيره سهم وهذا يناقض التسوية ، ولأنه يفضى الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر من ارادة الواقف خلاف هذا .

فإذا ثبت الترتيب فإنه يترتب بين كل والد وولده فإذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه سواء بقى من البطن الأول أحد أو لم يبق .

(فصل) وان رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدى وولد ولدى ثم على أولادهم أو على أولادى ثم على أولاد أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا ، أو قال على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتثريب وترتيب من رتبة بحرف الترتيب ، ففي المسألة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فإذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم .

(فصل)

وان قال وقفت على أولادى ثم على أولاد أولادى على أنه من مات من أولادى عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لإخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لأخواته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه ، وان قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابنى أخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف ، ثم ان مات أحد ابنى الابن عن غير ولد انتقل نصيبه الى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابنى أخ له فنصيبه لأخويه دون ابنى أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حيا فإذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فإذا مات الثالث كان نصيبه لابنى أخيه بالسوية ان لم

يخلف ولداً وان خلف ابنا واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولا يني عمه النصف -
لكل واحد الربع ، وان قال من مات منهم من غير ولد كان ما كان جارياً عليه
جارياً على من هو في درجته فان كان الواقف مرتباً بطناً بعد بطن كان نصيب
الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه ، وان كان مشتركاً بين البطون كلها
احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لأنهم في استحقاق الوقف - سواء
فكانوا في درجته من هذه الجهة ولا تالو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل
بعضهم والتشريك يقتضى التسوية .

فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم فيه
كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر أهل البطن الذي هو منه لأنهم في درجته
في القرب الى الجدة الذي يجمعهم ويستوى في ذلك أخوته وبنو عمه وبنو بني عم
أبيه لأنهم سواء في القرب ، ولا تالو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن
في هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئاً يفيد : فعلى هذا ان لم يكن في درجته
أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وان كان الوقف على البطن
الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير
ولد انتقل نصيبه الى من في درجته فقيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان
من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت
لما ذكرنا من قبل .

والثاني : أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا
مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين
فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابناً لعمه الحي فيكون نصيبه بين
أخيه وابن عمه .

والثالث : أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا
لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجته في النسب من ليس من أهل
الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور

وترك الرابع فوات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن الرابع فيه شيء لأنه ليس من أهل الاستحقاق فاشبه ابن عمهم .

(فصل) وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على أن من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك إن كان له بنون وبنات فقال من مات من الذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال ، وإن قال على أولادى على أن يصرف إلى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفى البنات الألف لأنه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال فجعل البنات كذوى الفروض الذين سمي الله لهم فرضاً وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوى الفروض .

(فصل)

فإن كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدى فلان وفلان وعلى ولد ولدى كان الوقف على الابنين المسميين وعلى أولادهما وأولاد الثالث وليس للثالث شيء ، وقال القاضى : يدخل الثالث فى الوقف وذكر أن أحد قال فى رجل قال وقفت هذه الضيعة على ولدى فلان وفلان وعلى ولد ولدى وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون فى الوقف ، واحتج القاضى بأن قوله ولدى يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم فلا يوجب إخراج بقيتهم كالعطف فى قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال) .

ولنا أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص ببعض المبدل كما لو قال على ولدى فلان وذلك لأن بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ولو قال ضربت زيداً رأسه ورأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى (ويجعل الخبيث بعضه على بعض) وقول القائل طرحت الثياب بعضها فوق بعض فإن الفوقية تختص ببعض مع عموم اللفظ الأول كذا هنا ، وفارق العطف فإن عطف الخاص

على العام يقتضى تأكيداً لا تخصيصه وقول أحدهم شركاء يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أى يشترك أولاد الموقوف عليها وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام الدليل عليه ، ولو قال على ولدى فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لانتا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدى يتناول نسله وعاقبه كاملاً .

(فصل)

ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لا يستحق شيئاً قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله ، قال أحمد في رواية جعفر ابن محمد فيمن وقف نخلاً على قوم وما توالدوا ثم ولد مولود فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو للأول وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم وإنما قال ذلك لأنها قبل التأخير تتبع الأصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة، كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل وبعد التأخير لا تتبع الأصل ويستحقها من كان له الأصل فكانت للأول لأن الأصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشترى وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ويستحق بما ظهر بعد ولادته ، وإن كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائع فهو للأول وإن كان مما يستحقه المشتري فللمولود حصته منه لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشتري فيه .

(الفصل الثانى) إذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف نعليه فأما ولد البنات فقال الحرقى لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم . ومن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذى على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسلهم .

قال أبو بكر وعبد الله بن حامد : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف ، لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا في الوقف — لتناول اللفظ لهم

وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان - الى قوله - وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته .

وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس ، ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى معهم . وقال النبي صلى الله عليه وسلم للحسن « إن ابني هذا سيد ، وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم دخل في التحريم حلائل أبناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن . ووجه قول الخرقى أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فدخل فيه ولد البنين دون ولد البنات . وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الارث والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولأنه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق . وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولأنه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم ، قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد

وقولهم إنهم أولاد أولاد حقيقة ، قلنا إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفا ولذلك لو قال أولاد أولادى المنتسبين إلى لم يدخل هؤلاء في الوقف ، ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينسب إلى أبيها

وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب إليه فنسب إلى أمه لعدم أبيه ، ولذلك يقال عيسى بن مريم ، وغيره إنما ينسب إلى أبيه كيعحي بن زكريا . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن ابني هذا سيد » تجوز بغير خلاف ، بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أباً أحدهم من رجالكم) وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدل

على تعيين أحد الأمرين ، فأما ان وجد ما يصرف اللفظ الى أحدهما انصرف اليه ولو قال على أولادى وأولاد أولادى على أن ولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين ، أو فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه الى من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ، وأشباه هذا مما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف — دخلوا في الوقف —

وإن قال على أولادى وأولاد أولادى المنتسبين إلى أو غير ذوى الارحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات

وإن قال على ولدى فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات ، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده . وإن قال الهاشمى : وقفت على أولادى وأولاد أولادى الهاشميين لم يدخل في الوقف — من أولاد بناته من كان غير هاشمى ، فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون ؟ على وجهين :

أولاهما : أنهم يدخلون لانهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً ، كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين . والثانى لا يدخلون لانهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده ، فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين ، وإن قال على أولادى وأولاد أولادى ممن ينسب الى قبيلتى فكذلك

(الفصل الثالث) أنه اذا وقف — على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والاثنى لانه شريك بينهم ، وإطلاق التشريك يقتضى التسوية كما لو أقر لهم بشئ ، وكولد الأم فى الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء فى الثلث) تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض ، وليس كذلك فى ميراث ولد الابوين وولد الاب ، فإن الله تعالى قال (فإن كانوا اخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا أعلم فى هذا خلافاً

(الفصل الرابع) أنه اذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال ، فلو قال وقفت على أولادى وأولاد أولادى على أن للذكر سهمين وللأنثى سهماً أو للذكر مثل حظ الانثيين أو على حسب ميراثهم أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من

هذا أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للعالم ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف — ما للغنى أو عكس ذلك أو عين بالفضل واحدًا معينا أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال ، لأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه ، وكذلك أن شرط اخراج بعضهم بصفه ورده بصفه ، مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك ، أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له ، أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، فكل هذا صحيح على ما شرط

وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وإن للردودة من بناته أن تسكن غير مضررة ولا مضربها ، فإن استغنت بزواج فلا حق لها في الوقف ، وليس هذا تعليقًا للوقف — بصفة بل الوقف — مطلق والاستحقاق له بصفة ، وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل)

والمستحب أن يقسم الوقف — على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وقال القاضي : المستحب التسوية بين الذكر والانثى ، لأن القصد القرابة على وجه الدوام ، وقد استووا في القرابة ولنا أنه إيصال للمال إليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى ، لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد ، فالذكر يجب عليه نفقة امرأته وأولاده ، والمرأة تنفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى ، فيصح تعليقه به ويتعدى إلى الوقف — وإلى غيره من العطايا والصلات ، وما ذكره القاضي لا أصل له ، وهو ملغى بالميراث والعطية ، فإن خالف — فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف — دون بعض ، فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم : إن كان على طريق الأثرة فأكرمه وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة ، يعني فلا بأس به

ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهم بصدقته ،

وعلى قياس قول أحد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضا لهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق ، أو المريض أو من له فصل من أجل فضيلته فلا بأس . وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده

وحديث عمر أنه كتب : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين أن حدث به حدث أن ثمغا وصرمة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخير ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالواد تلبه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوى القربى لا حرج على من وليه أن أكل أو آكل أو اشترى رقيقا منه ، رواه أبو داود ، وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إختوتها وأخواتها

• مسأله ، قال (فإذا لم يبق منهم أحد رجع الى المساكين)

يعنى اذا وقف على قوم ونسلمهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلمهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم ينتقل اليهم ما دام أحد من القوم أو من نسلمهم باقيا ، لأنه رتبة للمساكين بعدم ، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة والفقراء يدخلون فيهم . وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما : والمعنى الذى يسميان به شامل لهما : وهو الحاجة والفاقة ، ولهذا لما سمي الله عز وجل المساكين فى مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناولهما جميعاً وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء فى قوله (للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله) وفى قوله (وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) تناول القسمين ، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين الا فى الصدقات ، لأن الله تعالى جمع بين الإسمين وميز بين المسميين فاحتجنا الى التمييز بينهما . وفى غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الإسمين فإن جمع بين الإسمين بالوقف أيضا فقال : وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصفين أو ثلاثا وجب التمييز بينهما أيضا فنزلاهما منزلهما من سهام الصدقات ،

وإن قال على الفقراء والمساكين فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع الى واحد كما قلنا في الزكاة، ويتخرج أن لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على القول في الزكاة أيضا، ولا خلاف في أنه لا يجب تعميمهم بالعطية، كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم، سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل اليهم عن غيرهم، ومضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كنى تيم وبني هاشم جاز الدفع الى واحد وإلى أكثر منه، وجاز التفضيل والتسوية، لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يردده، ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه، كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر، مثل أن يقف على رضى الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم، لأن التعميم كان واجبا وكذلك التسوية؛ فإذا تعذر وجب منه ما أمكن، كالواجب الذى يعجز عن بعضه، ولأن الواقف أراد التعميم والتسوية لإمكانه وصلاحي لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف بما لا يمكن ذلك فيهم

(فصل)

وإن وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين، فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوهم الى غيرهم، لأن المطلق من كلام الأدميين محمول على المعهود فى الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف اليه، وشرحهم يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى

وإن وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذى يعطى من الزكاة لا يزداد على ذلك، فيعطى الفقير والمساكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضى غرمه والمكاتب قدر ما يؤدى به كتابته، وابن السبيل ما يبلغه، والغازى ما يحتاج اليه لغزوه

وإن كان غنيا ، واختلف في قدر ما يحصل به الغنى ، فقال أحمد في رواية على بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة ، وإن كان متطوعا أعطى ما شاء وكيف شاء فقد نص أحمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة والله أعلم ، وإن وقف على جميع الأصناف أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو يجب إعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين بناء على الزكاة .

فصل

وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف اليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان ، وإن كانوا أغنياء ، وسائر الوقف يصرف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام في ذلك ، وقال أصحابنا يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثوابا فإن النبي (ص) قال صدقتك على ذي القرابة صدقة وصلة ، والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف : الفقراء والمساكين والرقاب والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لأن هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره ، وإن ساواه في الحاجة وهذا مذهب الشافعي .

ولنا أن لفظه عام فلا يجب التخصيص ببعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين في الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها ، وإن كانوا أولى ، وكذلك سائر الألفاظ العامة ، وإن أوصى في أبواب البر صرف في كل ما فيه بر وقربة ؛ وقال أصحابنا يصرف في أربعة جهات : أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج ، قال أبو الخطاب وعنه فداء الأسراء مكان الحج ، ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها .

«مسألة ، قال (فإن لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع الى ورثة الواقف في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى يكون وقفا على أقرب عصبه الواقف)

وجملة ذلك : أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتها غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وإن كان غير معلوم الانتها مثل أن يوقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا جهة غير منقطعة فإن الوقف يصح ، وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قولي ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لأن الوقف مقتضاه التأييد فإذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء .

ولنا أنه تصرف معلوم المصروف ، فصح كما لو صرح بصرفه المتصل ولأن الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنفذ البلد وعرف المصروف ، وههنا هم أولى الجهات به فكانه عندهم .

إذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم الى أقارب الواقف وبه قال الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه ينصرف الى المساكين واختاره القاضي والشريف أبو جعفر لأنه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها ؛ فإذا وجدت صدقة غير معينة المصروف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يجعل في بيت مال المسلمين لأنه مال لمستحق له فنشبه مال من لا وارث له .

وقال أبو يوسف يرجع الى الواقف - وإلى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فإذا انقضى المسمى كانت للفقراء والمساكين لأنه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره وينفارق ما إذا قال ينفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة .

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو اعتق عبداً ، والدليل على صرفه الى أقارب الواقف - أنهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبي (من)

• صدقتك على غير رحمتك صدقة وصدقتك على رحمتك صدقة وصلة ، وقال • أنك
ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ، ولأن فيه
اغناؤهم وصلة أرحامهم لأنهم أولى الناس بصدقاته التوافق والمفروضات كذلك
صدقة المتقولة .

إذا ثبت هذا فإنه في ظاهر كلام الحرق وظاهر كلام أحمد يكون للفقراء منهم
والأغنياء لأن الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء
والأغنياء كذا ههنا وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات
دون الأغنياء ولأننا خصصناهم بالوقف — لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى
الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء ، واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف —
من أقرباء الواقف — ففي إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لأنهم الذين
صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف إليهم من
صدقة ماله يذكر له مصرفا ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال • أنك ان تترك
ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ، فعلى هذا يكون بينهم
على حسب ميراثهم ويكون وقفنا عليهم نص عليه أحمد وذكر القاضي لأن
الوقف يقتضي التأييد ، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقة نصرف
إليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الحرق أن يصرف إليهم على سبيل الإرث
ويطل الوقف — فيه ، فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف .

(والرواية الثانية) يكون وقفنا على أقرب عصبة الواقف — دون بقية الورثة
من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصبات فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب
استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا
أيضا ، وهذا لا يقوى عندي فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون
إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا نعلم فيه نصا ولا إجماعا ولا يصح قياسه
على ميراث ولواء الموالى لأن علته لا تتحقق ههنا ، وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى
المساكين لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فإن كان في أقارب الواقف —
مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع
جواز الصرف إلى غيرهم ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التعين فهي

أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين ، وقال الشافعي يكون وقفنا على أقرب الناس إلى الواقف الذكر والأنثى فيه سواء .

(فصل) فإن لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف إلى الفقراء والمساكين وقفاً عليهم لأن القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم إلا على قول من قال إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكاً لهم فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثاً لا وارث له فكان بيت المال به أولى .

(فصل) فإن قال وقتت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه ، وقال ابن حامد يصح الوقف ، قال القاضي هو قياس قول أحمد فإنه قال في النذر المطلق يتعقد موجباً لكفارة يمين ، وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه لأنه إزالة ملك على وجه القرية فوجب أن يصح مطلق كالأضحية والوصية : ولو قال وصيت بثلث مالي صح وإذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه .

(فصل) وإن وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف— أيضاً ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف— عليه إلى من يصرف إليه الوقف المنقطع لأن ذكره لمن لا يجوز الوقف— عليه وعدمه واحد ، ويحتمل أن لا يصح الوقف— لأنه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبهه تفريق الصفة .

فصل

وإن كان الوقف— منقطعاً ابتداءً مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف— عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسة أو مجهول فإن لم يذكر له ما لا يجوز الوقف— عليه فالوقف— باطل ، وكذلك إن جعل ماله مما لا يجوز الوقف— عليه لأنه أخل بأحد شرطى الوقف— فبطل كما لو وقف— ما لا يجوز وقفه، وإن جعل له ما لا يجوز الوقف— عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفة والشافعي فيه قولان كالوجهين .

فإذا قلنا يصح وهو قول القاضى وكان من لا يجوز الوقف عليه من لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكائناتى صرف فى الحال الى من يجوز الوقف عليه لأننا لما صححنا الوقف مع ذكر ما لا يجوز الوقف عليه فقد ألبناه فإنه يتعذر التصحيح مع اعتباره، وإن كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كام ولده وعبد معين فقيه وجهان .

أحدهما : أنه ينصرف فى الحال الى من يجوز الوقف عليه كالتى قبلها ذكره أبو الخطاب ، والثانى : أنه ينصرف فى الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقضى من لا يجوز الوقف عليه فإذا انقضى مصرف الى من يجوز، وهذا الوجه الذى ذكره القاضى وابن عتيل لأن الوقف إنما جعله وقفا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بونه وفارق مالا يمكن اعتبار انقراضه فإنه تعذر اعتباره ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين .

(فصل وإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل أن يقف على ولده ثم على عبيده ثم على المساكين خرج فى صحة الوقف وجهان كنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فإن لم يمكن اعتبار انقراضه ألبناه إذا قلنا بالصحة ، وإن أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلقى ؟ على وجهين كما تقدم وإن كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكسبية خرج فى صحته أيضا وجهان ومصرفه بعد من يجوز الى مصرف الوقف المنقطع .

مسألة ، قال (ومن وقف فى مرضه الذى مات فيه أو قال هو وقف بعد موته ولم يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث إلا أن تميز الورثة)

وجملته أن الوقف فى مرض الموت بمنزلة الوصية فى اعتباره من ثلث المال لأنه تبرع فاعتبر فى مرض الموت من الثلث كالعتق والهبة وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم وما زاد على الثلث لزم الوقف منه فى قدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة لا نعلم فى هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف

وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فنع التبرع بزيادة على الثلث كالعطايا والعق، فأما إذا قال هو وقفـ بعد موتى فظاهر كلام الخرقى أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام الامام أحمد : وقال القاضى لا يصح هذا لأنه تعليق للوقفـ على شرط ، وتعليق الوقفـ على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط فى حياته ، وحمل كلام الخرقى على أنه قال : قفوا بعد موتى فيكون وصية بالوقفـ لا إيقافا ، وقال أبو الخطاب . قول الخرقى هذا يدل على جواز تعليق الوقفـ على شرط .

ولنا على صحة الوقفـ بالمعلق بالموت ما احتج به الامام أحمد رضى الله عنه أن عمراً وصى فكان فى وصيته : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث إن ثمنا صدقة ، وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه فى غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا ، وهذا نص فى مسألتنا ، ووقفه هذا كان بأمر النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه اشتهر فى الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا . ولأن هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة ، أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقفـ ويفارق هذا التعليق على شرط فى الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرها، وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف فى الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمجهول وللحمل وغير ذلك ، وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط .

(فصل)

ولا يجوز تعليق ابتداء الوقفـ على شرط فى الحياة مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقفـ أو فرسى حبيس : أو إذا ولد لى . لد أو إذا قدم لى غائبى ونحو ذلك ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، لأنه نقل للملك فيما لم يبين على التغليب والسراية فلم يحز تعليقه على شرط كالهبة ، وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط فى الحياة ، ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

(فصل) وان علق انتهاءه على شرط نحو قوله دارى وقفـ الى سنة أو الى أن يقدم الحاج لم يصح فى أحد الوجهين ، لأنه يناهى مقتضى الوقفـ ، فإن مقتضاه

التأييد ، وفي الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فإن حكمنا بصحته وهنا لحكمه حكم منقطع الانتهاء

(فصل) وإن قال هذا وقف على ولدى سنة ثم على المساكين صح : وكذلك إن قال هذا وقف على ولدى مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح : لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء ، وإن قال وقف على المساكين ثم على أولادى صح ويكون وقفاً على المساكين ، ويلغى قوله على أولادى ، لأن المساكين لا انقرض لهم .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته فنه لا يجوز ذلك ، فإن فعل وقف على إجازة سائر الورثة . قال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن أوصى لأولاد بنيه بأرض توقف عليهم فقال : إن لم يرثوه فجائز ، فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم في المرض ، اختاره أبو حفص العكبري وابن عقيل وهو مذهب الشافعي

والرواية الثانية . يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال في رواية جماعة منهم الميموني : يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته فقبل له : أليس تذهب إنه لا وصية لو ارث ؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة ينتفعون بخلته .

وقال في رواية أحمد بن الحسن فإنه صرح في مسأله بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض : فقال جائز : قال الحبري : وأجاز هذا الآكثرون ، واحتج أحمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمنا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد صلى الله عليه وسلم تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذوى الرأي من أهله لا يباع ولا يشتري ، ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوى القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقاً : رواه أبو داود بنحو من هذا ، فالحجة أنه جعل لحفصة أن تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقاً .

قال الميموني : قلت لأحمد إنما أمر النبي (ص) عمر بالإيقاف وليس في الحديث

الوارث ، قال فاذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعا ، ولأن الوقف - ليس في معنى المال لأنه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا أنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالمهبات ، ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز بالمنفعة كالاجنبي فيما زاد على الثلث . وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه ، والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفاً عليها ، فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع ، وكونه انتفاعاً بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل ما أو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على أنه وقف - على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا .

فصل في الوقف

فإن وقف - داره وهي تخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف - ويلزم ، لأنه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف - الدار كلها فنصفها أولى ، وعلى الرواية التي نصرناها أن أجاز الابن ذلك جاز وإن لم يجره بطل الوقف - فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس . ويرجع إلى الابن ملكا فيكون له النصف - وقفاً والسدس ملكا مطلقاً والثلث للبنت جميعه وقفاً ؛ ويحتمل أن يبطل الوقف - في نصف - ما وقف - على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً ونصفها الابن وربعها للبنت والربع الذي يبطل الوقف - فيه بينهما أثلاثاً ، للابن ثلثاه وللبنات ثلثه ، وتصح المسألة من إثني عشر للابن ستة أسهم وقفاً وسهمان ملكا وللبنات ثلاثة أسهم وقفاً وسهم ملكا ، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف - على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها ، وللإبن إبطال الوقف - في ثلاثة أثمانها فترجع إليه ملكا على الوجه الأول ، وعلى الوجه الثاني يصح الوقف - على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع إليه باقي حصته ملكا ، ويصح الوقف - في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا ، فاضرب سبعة في ثمانية تكون ستة وخمسين ، للابن ثمانية وعشرون وقفاً وأحد وعشرون ملكا ، للمرأة

أربعة أسها وقفاً وثلاثة ملكاً ، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي فأما إن كانت الدار جميع ملكة فوقها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فإن الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على ما رواه الجماعة فإن الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه والابن إبطال التسوية . فإن اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان .

أحدهما : أنه يبطل الوقف في التسع ويرجع إليه ملكاً فيصير له النصف وقفاً والتسع ملكاً ويكون للبنات السدس والتسعة وقفاً لأن الابن إنما ملك إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره .

والوجه الثاني : أن له إبطال الوقف في السدس ويصير له النصف وقفاً والتسع ملكاً وللبنت الثلث وقفاً ونصف التسع ملكاً لثلاث زداد البنت على الابن في الوقف . وتصح المسألة في هذا الوجه من ثمانية عشر ، للابن تسعة وقفاً وسهمان ملكاً وللبنت ستة أسهم وقف . وسهم ملكاً

وقال أبو الخطاب : له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفاً والسدس ملكاً ويكون للبنات الربع وقفاً ونصف السدس ملكاً كما لو كانت الدار تخرج من الثلث ، وتصح من اثني عشر

مسألة ، قال (وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفاً كالأول ، وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد)

وجملة ذلك أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه ، كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً ولم تمكن عمارتها ، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا يبيع بعضه جاز يبع بعضه لتعمر به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه يبع جميعه

قال أحمد في رواية أبي داود : إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما

وصرف ثمنهما عليه . وقال في رواية صالح : يحول المسجد خوفا من الاصوص ،
 وإذا كان موضعه قدراً قال القاضي : يعنى إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ؛
 ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمام
 قال أبو بكر : وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها ، قال
 وبالقول الاول أقول لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحيس ، يعنى الموقوفة على
 الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها فى شىء آخر ، مثل أن تدور
 فى الرعى أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة فى نتائجها أو حصاناً يتخذ للطراق
 فإنه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو ، نص عليه أحمد ، وقال محمد بن
 الحسن : إذا خرب المسجد أو الوقف - عاد إلى ملك واقفه ، لأن الوقف - إنما هو
 تسبيل المنفعة ، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه .
 وقال مالك والشافعى : لا يجوز بيع شىء من ذلك لقول رسول الله صلى الله
 عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث ، ولأن مالا
 يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق . والمسجد
 أشبه الأشياء بالمعتق

ولنا ما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت
 المال الذى بالكوفة : انقل المسجد الذى بالتمارين واجعل بيت المال فى قبلة المسجد
 فإنه لن يزال فى المسجد مصل . وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه ،
 فكان اجماعاً ، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف - بمعناه عند تعذر ابقائه بصورته
 فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها غيره

قال ابن عقيل : الوقف - مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه يخصصه استبقاء
 الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى ، وإيصال الابدال جرى
 مجرى الاعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تنصيص للغرض ، ويقرب هذا من
 الهدى إذا عطب فى السفر فإنه يذبح فى الحال وإن كان يختص بموضع ،
 فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل
 الخاص عند تعذره ، لأن مراعاته مع تعذره تفضى إلى فوات الانتفاع بالكلية ؛
 وهكذا الوقف - المعطل بالمنافع

ولنا : على محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه التربة فلا يعود إلى مالكة باختلاله وذهاب منافعه كالتق .

(فصل : وظاهر كلام الخرقى أن الوقف إذا بيع فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به .

فصل : وإذا لم يف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحد لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصياتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق .

(فصل : وإن لم تعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رد على أهل الوقف لم يجوز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيع للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل ما يضيع المقصود ، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم .

(فصل : قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوائيت فامتنع بعضهم من ذلك ، فينظر إلى قول أكثرهم واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله إنشاء ابتداء واختلفوا كيف يعمل ؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً لأن ماله إليه أما بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقاية ولا حوائيت ، وذهب القاضى إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والأول أصح وأولى ، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوائيت إلا عند تعذر الانتفاع به ، والحاجة إلى سقاية وحوائيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك

ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوائيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوائيت، ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر : وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للصلحة .

(فصل) ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام لجاز وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا وإنما بنى لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ، ولأن الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وثمرها وتسقط عليها المصافير والطير فتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها ، فأما إن كانت النخلة في أرض لجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النخلة لا تباع وتجعل للسليين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم ، لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف ، وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات أنه للساكين فأما إن قال صاحبها هذه وقف على المسجد فينبغي أن يباع ثمرها ويصرف إليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره ، قال أبو الخطاب عندى أن المسجد إذا احتاج إلى ثمن ثمرة الشجرة يبعث وصرف ثمنها في عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعمرونه .

(فصل) وما فضل من حصر المسجد وزيته ولم يحتاج إليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد بنى فبقى من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه فقال يمان في مسجد آخر أو كما قال : وقال المروذي سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد إذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تخرقت تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شية يتصدق بخلقان الكعبة .

وروى الحلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبه بن عثمان الحجبي جاء الى عائشة رضى الله عنها فقال يا أم المؤمنين ان ثياب الكعبة تكثر عليها فتذرعها فتخضر لها آبارا فندفها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بنس ما صنعت ولم تصب ، ان ثياب الكعبة اذا نزعتم لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتمها وجعلتم ثمنها في سبيل الله والمساكين ، فكان شيبه يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة ، وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون اجماعا ، ولانه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف الى المساكين كما وقف المتقطع .

(فصل)

اذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره فإن قتل بطل الوقف فيه وان قطع كان باقيه وقفا كما او تلف بفعل الله تعالى ، وان كانت الجناية موجبة للمال لم يمكن تعلقها برقبته لانه لا يمكن بيعها ويجب أرشها على الموقوف عليه لانه ملوك تعلق أرشه برقبته فكان على مالك كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد ، وان قلنا الوقف لا يملك فالارش في كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لانه لا يملك فكان في كسبه كالحر يكون في ماله ويحتمل أن يكون في بيت المال كارش جناية الحر المعسر وهذا احتمال ضعيف جداً فإن الجناية انما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لا تحملها العاقلة وان كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الارش في كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن ايجاب الارش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها فتعين في كسبه ويحتمل أن يجب في بيت المال .

(فصل) وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان مالته لم تبطل ولو بطلت مالته لم يبطل ارش الجناية عليه فإن الحر يجب ارش الجناية عليه فإن قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجنى عليه يكون وقفا ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة ان قلنا انه يملك الموقوف لانه بدل ملكه .

ولأنه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم الاختصاص ظاهر فإنه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يحز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا ، ولم يصح عفو واحد منهما عنه ، وإن كانت الجناية عمداً محضاً من مكافئ له فالظاهر أنه لا يجب القصاص لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجوز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الإمام فإن قطعت يد العبد أو طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لأنه لا يشاركه فيه غيره وإن كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجب ففعي عنه وجب نصف قيمته ، فإن أمكن أن يشتري بها عبد كامل والا اشترى بها شقص من عبد .

(فصل) ويجوز تزويج الأمة الموقوفة لأنه عقد عقد على منفعتها أشبه الإجارة .
ولأن الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتملك غيره إياها ووليها الموقوف عليه لأنها ملكة والمهر له لأنه بدل نفعتها أشبه الأجر في الإجارة ، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لأنه عقد على نفعتها في العمر ، فيفضى إلى تفويت نفعتها في حق البطن الثاني ، ولأن النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني إلا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها لأنه حق لها طلبته فتعين الإجابة إليه ، وما فات من الحق به فات تبعاً لإيفائها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك ، وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لأن ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة وإن أكرهها أجنبي ، فوطئها أو طأعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة وعليه المهر لأهل الوقف لأنه وطئ جارية غيره أشبه الأمة المطلقة وولدها يكون وقفاً معها ، وإن وطئها بشبهة يعتقد لها حرة فالولد حر ، ولو كان الواطئ عبداً ، وتجب قيمته لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجب قيمته يشتري بها عبد يكون رقيقاً وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك .

(فصل) وليس للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لا نأمن حبلمها فتقص
أو تلف— أو تخرج من الوقف— بكونها أم ولد ، ولان ملكه ناقص فإن وطء
فلا جد عليه للشبهة ، ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب للإنسان شيء
على نفسه والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمة الولد يشتري بها عبد مكانه
وتصير أم ولد لانه أحبلها بحر في ملكه ، فإذا مات عتقت ووجبت قيمتها في كنه
لانه أتلها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفا مكانها ،
وان قلنا : ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصر أم ولد له لانها غير مملوكة له .

(فصل) وان أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لانه يتعلق به حق غيره ،
ولان الوقف— لازم فلا يمكن ابطاله وان كان نصف العبد وقفا ونصفه طلقا
فأعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه الى الوقف— لانه اذا لم يعتق بالمباشرة
فبالسراية أولى .

« مسألة ، قال (وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف— خمسة أوسق ففيه
الزكاة واذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك أن الوقف— اذا كان شجراً فأثر أو أرضاً فزرعت ، وكان الوقف—
على قوم بأعيانهم لحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة ، وبهذا قال
مالك والشافعي ، وروى عن طاوس ومكحول : لا زكاة فيه لان الأرض ليست
مملوكة لهم . فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين .

ولنا أنه استغل من أرضه أو شجره نصاباً فلزمته زكاته كغير الوقف— ، يحققه
أن الوقف— الاصل ، والثمره طلق والملك فيها تام له التصرف فيما بجميع التصرفات
وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة من أرض مستأجرة له ، وقولهم ان الأرض
غير مملوكة له ممنوع ، وان سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتنا ، ويكفي ذلك في وجوب
الزكاة بدليل الأرض المستأجرة ، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في
أيديهم ، سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل ،
ولا زكاة عليهم قبل تفريقها ، وان بلغت نصاباً لان الوقف— على المساكين لا يتبين
لواحد منهم بدليل أن كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع الى غيره وانما ثبت

المالك فيه بالدفع والقبض ، لما أعطيه من غلته ملكا مستأنفا فلم تجب عليه فيه زكاة كالذي يدفع اليه من الزكاة : وكألو وهبه أو اشتراه ، وفارق الوقف على قوم بأعيانهم ، فإنه يعين لكل واحد منهم حق في نفع الأرض وغلتها ، ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه .

(فصل) ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبنى هاشم وبنى تميم وبنى وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كاهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم ، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته ، وقال الشافعي في أحد قولي ، لا يصح الوقف — على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين وأشباههم ، لأن هذا تصرف في حق الأدمى ، فلم يصح مع الجهالة كما لو قال : وقفت على قوم .

ولنا أن من صح الوقف — عليه إذا كان عدده محصيا صح وإن لم يكن محصيا كالفقراء والمساكين ، وما ذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه في المساكين ولا في جملة الوقف لما ذكرناه من قبل .

« مسألة ، قال (وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز)

وجملته : أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدينار والدراهم والمطعم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئا يحكى عن مالك والأوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكم أصحاب مالك وليس بصحيح ، لأن الوقف تحييس الأصل وتسهيل الثمرة وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل في الدراهم والدينار يصح وقفها على قول من أجاز أجزائها ولا يصح ، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف — له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به :

(فصل) والمراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم والدينار وما ليس بحلى ، لأن

ذلك هو الذي يتلف بالانتفاع به ، أما الحلوى : فيصح وقفه للبس والعارية لما روى نافع قال : ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فخبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته ، رواه الحلال بإسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار ولأنه يصح تحييس أصلها وتسهيل أثره فصح وقفها كالعقار وبهذا قال الشافعي .

وقد روى عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن أبي موسى إلا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الايمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقفه الدنانير والدرهم ، والاول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في اسقاط الزكاة عن متخذه وجوز اجارته لذلك ، ويفارق الدرهم والدنانير فإن العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في اسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسألتنا .

فصل

ولا يصح وقف الشمع لأنه يتلف بالانتفاع به فهو كالما كول والمشروب ولا ما يسرع اليه الفساد من المشمومات والرياحين وأشباهاها لأنها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم ، ولا وقف مالا يجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها لأنه نقل لذلك فيها في الحياة ، فأشبه البيع ، ولأن الوقف تحييس الأصل وتسهيل المنفعة وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه تسهيل المنفعة والكلب أبيع الانتفاع به على خلاف الأصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها ، والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله ، ولا يصح الوقف فيما ليس بمعين كعبد في الذمة ودار وسلاح ، لأن الوقف إبطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في عبد مطلق كالمعتق .

(فصل) قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله فهو على ما وقف ووصى ، وإن بيع الفضة من السرج واللجام وجعل في وقف مثله فهو أحب إلى لأن الفضة لا ينفع بها ولعله يشتري بتلك الفضة سرجا ولجاما

فيكون أنفع للمسلمين ، فقبل له . تباع الفضة وتجعل في نفقته ؟ قال لا : فأباح أن يشتري بفضة السرج واللجام سرجا ولجاما لأنه صرف لها في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه ، فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ولم يحز إيقافها على الفرس لأنه صرف لها إلى غير جهتها

« مسألة ، قال (ويصح الوقف فيما عدا ذلك) »

وجملة ذلك : أن الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث وأشياء ذلك قال أحمد في رواية الأثرم : إنما الوقف في الدور والأرضين على ما وقف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لا بأس به : وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف : لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الكراع ولا العروض والسلاح والغلمان والبقر ، والآلة في الأرض الموقوفة تبعاً لها لأن الحيوان لا يقاتل عليه فلم يجوز وقفه كما لو كان الوقف إلى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أما خالد فقد احتبس أذراعه واعتاده في سبيل الله ، متفق عليه ، وفي رواية : « وأعتده ، أخرجه البخاري ، قال الخطابي الاعتاد ما بعده الرجل من المركوب والسلاح وآلة الجهاد ، وروى أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جمع ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أركبه فإن الحج والعمرة من سبيل الله ، ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس ولأنه يصح وقفه مع غيره فصح وقفه وحده كالعقار .

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رجل له دار في الرض أو قطعة فأراد التنزه منها قال يقفها قال القطائع ترجع إلى الأصل إذا جعلها للساكنين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو في الأصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الأصل لأنها تصير بهذا القول وقفا .

« مسألة ، قال (ويصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناه على أصله في أن القبض شرط وأن القبض لا يصح في المشاع .
ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي (ص) فيها فأمره بوقفها وهذا صفة المشاع ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً لجاز عليه مشاعاً كالبيع أو عرصة يجوز بيعها لجاز وقفها كالمفرزة ولأن الوقف تحييس الأصل وتسهيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وإن سلنا فإذا صح في البيع صح في الوقف .

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يوقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كيفاً كان جاز ، وسواء جعل مال الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواء لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزأين ، وإن أطلق الوقف فقال وقفت دارى هذه على أولادى وعلى المساكين فهى بينهما نصفين لأن إطلاق الإضافة اليهما تقتضى التسوية بين الجهتين ولا تتحقق التسوية إلا بالتصيف ، وإن قال وقفها على زيد وعمر والمساكين فهى بينهم أثلاثاً .

(فصل) فإن أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبنى على القسمة هل هى بيع أو إفراز حق ؟ والصحيح أنها إفراز حق فينظر فإن لم يكن فيها رد جازت القسمة ، وإن كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضاً لأنه شراء لشيء من المطلق ، وإن كان من صاحب المطلق لم يجز لأنه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز ، وإن كان المشاع وقفاً على جهتين فأراد أهله قسمته انبنى على ما ذكرنا ولم يجز فيما إذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة فى الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولى الوقف أجبر الآخر لأن كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهى واجبة .

« مسألة ، قال وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل (

وجملة ذلك : أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كولدته وأقاربه ورجل

معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصلح على غير معين كرجل وإمراة لان الوقف.. تمليك للعين أو المنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل لأن ذلك معصية فإن هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال : أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخى حيا ما وسعه إلا اتباعي ، ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه .

والوقف.. على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف.. عليها لأنه يراد لتعظيمها ، وسواء كان الواقعة.. مسلما أو ذميا ، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أناء نصارى فأسلموا والضباع بيد النصارى : فلمم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم . وهذا مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان ما لا يصح من المسلم الوقف.. عليه لا يصح من الذمي كالوقف.. على غير معين .

فإن قيل فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقدا فاسدة وتقاضوا ثم أسلموا وترافعوا إلينا لم تنقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف.. ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القرية فإذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق .

وقد روى عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين ، وروى عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية ، وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله ويحتمل أن قوله يرجع عليه بخدمته أربع سنين لم يكن لصحة الوصية بل لانه إنما اعتقه بعوض يعتقدان صحته وإذا تعذر العوض بإسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فإنه يجب عليه المهر ، كذا ههنا يجب عليه العوض والأول أولى .

(فصل) ولا يصح الوقف على من لا يملك ، كالعبد الفن وأم الولد والمدبر والمبسر والحمل والملك والجن والشياطين .

قال أحمد فيمن وقف على مالك : لا يصح الوقف حتى يعتقهم ، وذلك لأن الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك ، فإن قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهاها وهي لا تملك ، قلنا الوقف - هناك على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم .

فإن قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة . قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا ، بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقابا وإنما بخلاف المساجد ، ولا يصح الوقف على العبد ، وإن قلنا أنه يملك بالتمليك لأن الوقف - يقتضى تحييس الأصل والعبد لا يملك ملكا لازما ولا يصح الوقف على المكاتب وإن كان يملك ، لأن ملكه غير مستقر ، ولا على مرتد ولا حربي لأن أموالهم مباحة في الأصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى . والوقف - لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحييس الأصل (فصل) ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكا محترما ، ويجوز أن يتصدق عليهم لحاز الوقف - عليهم كالمسلمين . ويجوز أن يقف - المسلم عليه لما روى أن صفية بنت حيي زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي ولأن من - جاز أن يقف - الذمي عليه جاز أن يقف - عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم ويبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضا ، لأن الوقف عليهم لا على الموضع

(فصل) وينظر في الوقف من شرطه الواقف لأن عمر رضى الله عنه جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم إلى ذوى الرأي من أهلها ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف - فكذلك الناظر فيه فإن جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله إلى غيره فهو له فإن لم يجعله لأحد أوجعله لإنسان فإت نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه له فكان نظره إليه كملك المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم ، اختاره ابن أبي موسى ، ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على أن المثلث هل

يُنْقَل فيه إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه إليه لأنه ملكه عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه وبصرفه إلى مصارفه لأنه مال الله فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين ، كالوقف على المساكين وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه إلى الحاكم لأنه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله أن يستتب فيه لأن الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه أما جعل الوقف ذلك له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه وكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة عدلاً كان أو فاسقاً لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الأحوال كالطلق ، ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظاً لأصل الوقف عن البيع أو التصديق ، وإن كان الوقف لجماعة رشدين فالنظر للجميع لكل إنسان في نصيبه وإن كان الموقوف عليه غير رشيد أما لصغر أو سفه أو جنون قام وليه في النظر مقامه كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وإن كان النظر لغير الموقوف عليه أو لبعض الموقوفين عليه بتولية الواقف أو الحاكم لم يجز أن يكون إلا أميناً فإن لم يكن أميناً وكانت توليته من الحاكم لا تصح وأزيلت يده، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو ولاه وهو عدل وصار فاسقاً ضم إليه أمين يحفظ به الوقف ولم تزل يده ؛ ولأنه أمكن الجمع بين الحقين ويحتمل أن لا تصح توليته وأنه ينزل إذا فسق في أثناء ولايته لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فإن مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه .

فصل في نفقة الوقف

ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لأنه لما أتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته فإن لم يمكن فمن غلته لأن الوقف اقتضى تحييس أصله وتسهيل نفعه ولا يحصل ذلك إلا بالاتفاق عليه ؛ فكان ذلك من ضرورته ؛ وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لأنه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما سلف بيانه .

كتاب الهبة والعطية

« مسألة ، قال . ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه »
وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهبة والعطية معانيها متقاربة ، وكلها تملك
في الحياة بغير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهبة
متغايران فإن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة »
وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر
أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى المحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى
إنسان شيئا للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه وعشوث
إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في
فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي
وإن تخموها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم) .
إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ،
وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة
والشافعي ، وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام
« العائد في هبته كالعائد في نيته » ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد
كالوقف . والعتق ، وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف . .
ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يفتقر لزومه على القبض كالبيع .
ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإن ما لناه مروى عن أبي بكر وعمر
رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالفه . فروى عروة عن عائشة رضي الله
عنها « أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جزاء عشرين وسقا من ماله بالعالية ، فلما
مرض قال : يا بني ما أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أحد أعز على فقرا
منك ، وكنت نحلتك جزاء عشرين وسقا ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو
اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فأتسموا على كتاب الله عز وجل » .
وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن

عمر ابن الخطاب قال : ما بال أقوام يتحلون أولادهم ، فإذا مات أحدهم قال : مالى وفى يدي وإذا مات هو قال : كنت نخلته ولدى ؟ لا نخله إلا نخله يحرزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه ، وروى عثمان أن الوالد يحرز لولده إذا كانوا صغاراً ، قال المروذى : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة : ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة التسليم ، والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى بخالف التملكيات والوصية تلزم فى حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك ، ولأن الوقف والعتق لا يكون فى محل النزاع فى المكيل والموزون .

(فصل) وقول الحرقى : لا يصح ، يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء فى حق حكمه وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال فى سياق المسألة : كما يصح فى البيع ، وقد تقرر فى البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفى الضمان وإطلاقه فى التصرفات ، وقوله : ما يكال وما يوزن ، ظاهره العموم فى كل موزون ومكيل ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمنعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ، وقد ذكرنا ذلك فى البيع ورجعنا العموم .

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض ، وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها فى المجلس صح ، وإن لم يأذن له لأن الهبة قامت مقام الاذن فى القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذى لا يتم إلا بالقبض .

ولنا أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة اذناً فى القبض بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن الواهب فى القبض ثم رجع عن الاذن

أو رجع في الهبة صبح رجوعه ، لأن ذلك ليس بقبض ، وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لأن الهبة تمت .

(فصل) وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده ، ذكره القاضي في موت الواهب لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة ، وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها ، وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت : لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها ، إنى قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتى إلا مردودة على فان ردت فهى لك ، قالت : فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة ، وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه رجعت إلى ورثة المهدى وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه إلا أن يأذن له الوارث ، ولو رجع المهدى في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه صبح رجوعه فيها والهبة كالهدية .

وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعى لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله ، وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً ، لأن العقد لم يتم فأشبه ما لو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا : إن الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الإذن في القبض بطل الإذن وجهاً واحداً ، لأن الميت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه فلم يلزم بغير إذنه ، وإن كان الموهوب له فلم يوجد الإذن لوارثه فلم يملك القبض بغير إذن .

(فصل) وإن وهبه شيئاً في يد المتهب كوديعة أو منصوب فظاهر كلام أحمد

أن الهبة تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأق القبض فيها فإنه قال في رواية ابن منصور : اذا وهب لامرأته شيئا ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت ، فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضا ولا مضي مدة يتأق فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه ، وقال القاضي : لا بد من مضي مدة يتأق فيها القبض ، وقد روى عن أحمد رواية أخرى أنه يفتقر الى اذن في القبض وقد مضي تعليل ذلك وتفصيله في الرهن ، ومذهب الشافعي كذهبنا في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأق القبض فيها .

مسألة ، قال (ويصح في غير ذلك بغير قبض اذا قبل كما يصح في البيع)

يعنى أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه ، وروى ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنها قالا : الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور ، وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع الا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم ، قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي : على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ويروى ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسألة الأولى .

ووجه الرواية الأولى أن الهبة أحد نوعي التملك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك ، فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فإن جذاذ عشرين وسقا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوذة فيكون مكيلا غير معين وهذا لا بد فيه من القبض ، وإن أراد نخلا يجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة ، وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد وأده نحلة موقوفة على الموت فيظهر أني نخلت ولدي شيئا ويمسكه في يده ويستغله فاذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئا وهذا على هذا الوجه محرم فنهائم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده فإن مات

ورثها ورثته كسائر ماله ، وإذا كان المقصود هذا اختص بهية الولد وشبهه ، على أنه قد روى عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قول الخرق إذا قبل : يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب والقبول ، والإيجاب أن يقول . وهبتك أو أهديت إليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى ، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا . وذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول . ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد تملك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح . والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يهدي ويهدي إليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ويأمر سماته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً . وكان ابن عمر على بعير لعمر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر ، بعنيه ، فقال هو لك يا رسول الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت ، ولم ينقل قبول النبي صلى الله عليه وسلم من عمر . ولا قبول ابن عمر من النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان شرطاً لفعله النبي صلى الله عليه وسلم وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أتى بطعام سأل عنه . فإن قالوا صدقة ، قال لأصحابه كلوا ولم يأكل ، وإن قال هدية ضرب بيده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان اذن في الأكل ، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله ، ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك فاكتمى به : كما وجد الإيجاب والقبول

قال ابن عقيل . إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى ، لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا ، فلا بد من قول

دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى
أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع ، واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة
وبيع أعيان ، فإذا اكتفينا بالمعاضات مع تأكدها بدلالة الحال ، وأنها تنقل
الملك من الجانبين : فلأن نكتفي به في الهبة أولى

فصل

والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حامل دونه ، وفيما ينقل بالنقل
وفي المعاع بتسليم الكل إليه ، فإن أبي الشريك أن يسلم نصيبه قيل للذهب وكل
الشريك في قبضه لك ونقله ، فإن أبي نصب الحاكم من يكون في يده لها ، فنقله
ليحصل القبض ، لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه

(فصل) وتصح هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعي . قال الشافعي : سواء
في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن ، وقال أصحاب الرأي : لا تصح هبة المشاع الذي
يمكن قسمته لأن القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ،
فإن كان مما لا يمكن قسمته صححت هبته لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحد اثنين شيئاً
مما ينقسم لم يحز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه ، وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما
ينقسم لم يصح في قياس قولهم لأن كل واحد من المتبين قد وهب له جزء مشاع .
ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن يرد عليهم ما غنمه منهم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما كان لي ولبنى
عبد المطلب فهو لكم ، رواه البخاري ، وهذا هبة المشاع

وروى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سمعت النبي (ص) وقد جاءه
رجل ومعه كبة من شعر ، فقال أخذت هذه من المغنم لا أصلح بردعة لي ، فقال
النبي (ص) : ما كان لي ولبنى عبد المطلب فهو لك ،

وروى عمرو بن سلمة الضمري قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
حتى أتينا الروحاء ، فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه ، فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم : دعوه فإنه يوشك أن يحيى صاحبه ، فجاء رجل من بهز وهو
الذي عقره ، فقال يا رسول الله : شأنكم الحمار ، فأمر رسول الله (ص) أبا بكر

أن يقسمه بين الناس ، رواه الإمام أحمد والنسائي ، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، ولأنه مشاع فأشبهه مالا ينقسم . وقولهم أن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح ، فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا هنا . ومتى كانت الهبة لإثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه .

(فصل) ومتى قلنا أن القبض شرط في الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الأبق والجمال الشارد والمنصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه ، وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي ، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع . وإن وهب المنصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح . لأنه يمكن قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب ، فإن وكل المالك الغاصب في تقيضه صح ، وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبض ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضا وملكه المتهب وبرئ الغاصب من ضمانه ، وإن قلنا القبض ليس بشرط في الهبة فالأبعد فيه القبض من ذلك احتمال أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم ، وهو قول أبي ثور ، لأنه تملك بغير عوض أشبه الوصية . ويحتمل أن لا تصح هبته ، لأنه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحمل في البطن ، وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء والسماك في الماء إذا كان مملوكاً

(فصل)

ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور : لأنه مجهول معجوز عن تسليمه ، وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إبلاحة . وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره ، أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح . وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، ولا تعلم لهم مخالفاً . ولا تصح هبة المهدوم ، كالذي تثمر شجرته أو تحمل أمته ، لأن الهبة عقد تملك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع .

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود وحرب : لا تصح هبة المجهول . وقال في رواية حرب : إذا قال شاة من غنمي ، يعني وهبتها لك لم يحز ، وبه قال الشافعي

ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب منع الصحة لأنه غرر في حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لأنه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوجب له كالموصى له . وقال مالك : تصح هبة المجهول ، لأنه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية ، ووجه الأول أنه عقد تملك لا يصح تعليقه بالشروط ، فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية

(فصل) ولا يصح تعليق الهبة بشرط ، لأنها تملك لمعين في الحياة فلم يحز تعليقها على شرط كالبيع ، فإن علقها على شرط ، كقول النبي (ص) لأم سلمة : إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك ، كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها ، نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لاتهبه أو لا تبعه أو بشرط أن تهبه أو تبعه ، أو بشرط أن تهب فلانا شيئاً لم يصح الشرط . وفي صحة الهبة وجهان ، بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن وقت الهبة فقال : وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح ، لأنه عقد تملك لمعين فلم يصح مؤقتاً كالبيع

فصل

وإن وهب أمة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول أحمد : فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها . لأنه تبرع بالأم دون ما في بطنها ، فأشبه العتق . وبه يقول في العتق النخعي وإسحاق وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي : تصح الهبة ويبطل الاستثناء

ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمفصل وكالموصى به (فصل) وإذا كان له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبراه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه ، وإن رد ذلك فلم يقبله لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحده القذف وكالعتق والطلاق . وإن قال تصدقت به عليك صح ، فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ الصدقة بقول الله تعالى (ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) وإن قال عفوت لك عنه صح ، لأن الله تعالى قال (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يعني به الإبراء من الصداق ، وإن قال أسقطته عنك صح ، لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له ، وإن قال ملكتك إياه صح ، لأنه بمنزلة هبته إياه

(فصل)

وان وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح ، وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري وإسحاق .

قال أحمد : اذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة ، واذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضاً بمالك عليه .

وقال الشافعي . ان كان الدين على مصر أو عاقل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه ، وان كان على مليء ماذل له ففيه قولان :

(أحدهما) يصح لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته . ويشترط أن يشتره بعين أو يتقابضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين .

ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كييع الأبق ، فأما مته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح لأنه لا غرر فيها على المنهب ولا الواهب فصح كهبة الأعيان .

(فصل) تصح البرامة من المجهول اذا لم يكن لها سبيل الى معرفته . وقال أبو حنيفة : تصح مطلقاً . وقال الشافعي : لا تصح ، الا أنه اذا أراد ذلك قال أبرأتك من درهم الى ألف ، لأن الجهالة انما منعت لأجل الغرر ، فإذا رضى بالجملة فقد زال الغرر وصحت البرامة .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما إليه في موارد درست ، اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا ، رواه أبو داود ، ولأنه إسقاط فصح في المجهول كالعتاق والطلاق وما لو قال من درهم الى ألف ولأن الحاجة داعية الى تبرئة الذمة ولأسبيل الى العلم بما فيها ، فلو وقف صحة البرامة على العلم لكان سداً لباب غفوة الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق : وأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من أنه اذا علمه لم يسمع بإبرائه منه فينبغي أن لا تصح البرامة فيه لأن فيه تغريراً بالمشتري وقد أمكن التحرز منه ، وقال أصحابنا : لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البرامة وجهان :

أحدهما : صحتها . لأنها صادفت ملكة فأسقطته كما لو عليها .
والثاني : لا تصح . لأنه أبرأه عما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك إبراء في الحقيقة وأصل الوجهين ما لو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه إليه فهل يصح ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع ، وفي صحة الإبراء وجهان .

مسألة ، قال (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بأمره)
وجملة ذلك : أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ، ولا قبوله لأنه ليس من أهل التصرف ووليّه يقوم مقامه في ذلك ، فإن كان له أب أمين فهو وليّه لأنه أشفق عليه وأقرب إليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لأن الأب أقامه مقام نفسه فجري مجرى وكيله ، وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه ، وكذلك وكيل الأب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض إن احتيج إليه لأن ذلك قبول لما للصبي فيه حظ فكان إلى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء .

قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر فقال لا أعرف للأم قبضا ولا يكون إلا للأب ، وقال عثمان رضي الله عنه أحق من يحوز على الصبي أبوه ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لأن القبض إنما يكون من المذهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له ، ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لأن الحاجة داعية إلى ذلك فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات فإن لم يصح قبض غيرهم له انسداد باب وصولها إليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية .

فعلى هذا للأم القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم ، وإن كان الصبي مميزاً لحكمه حكم الطفل في قيام وليّه مقامه لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ

الا أنه اذا قبل لنفسه وقبض لها صح لأنه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي فهنا أولى ولا يحتاج الى اذن الولي هنا لأنه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير اذن وليه كوصيته وكسب المباحات ، ويحتمل أن يقفـ صحة القبض منه على اذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه ، فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على اذن وليه كقبضه لو ديعته ، وأما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر لحاز من غير اذن كاحتشاشه واصطياده .

(فصل)

فان وهب الأب لابنه شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتج اليه ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وهب لولده الطامل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة ، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ، ثم ان كان الموهوب عما يفتقر الى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لأنه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يغني قوله قد قبلته لأن القبول لا يغني عن القبض ، وان كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج الى ذكر قبض ولا قبول .

قال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض وأن الاشهاد فيها يغني عن القبض ، وان ولها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال : من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نخله فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان ولها أبوه ، وقال القاضي : لا بد في هبة الولد من أن يقول قد قبلته ، وهذا مذهب الشافعي لأن الهبة عندهم لا تصح الا بإيجاب وقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الأحوال ودلائلها تغني عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته .

وليس هذا مذهباً لاحد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته

وهي معروفة لإبنته وليس له ولد غيره فقال أحب الى أن يقول عند الأشهاد قد قبضته له قيل له فإن سها ؟ فقال إذا كان مفرزاً رجوت ، فقد ذكر أحد أنه يكتفى بقوله قد قبضته له وأنه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالأشهاد لحسب ، وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا يكتفى بأحد لفظين إما أن يقول قد قبلته أو قد قبضته لأن القبول يغني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ، ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وقال مالك : إن وهب له مالا يعرف بعينه كالأثمان لم يجوز إلا أن يضعها على يد غيره لأن الأب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً . ولنا : أن ذلك مما لا تصح هبته فإذا وهبه لإبنته الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض ،

(فصل)

وان كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الأب فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه .

والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالأب ، وفارق البيع فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له ، ولأن البيع عقد معاوضة ومراجعة فيتهم في عقده لنفسه : والهيئة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب . ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العروض لنفسه من مال الصبي وهو هنا يعطى ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والأشهاد إلى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما .

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لأنه محجور عليه لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسفيه ، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بإذن سيده لأنه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده .

عنه بغير إذنه كالأجنبي ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده ، نص عليه أحمد لأنه
تحصيل المال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط وما وجهه لسيدته لأنه من
اكتسابه فأشبهه اصطياًده :

«مسألة ، قال (وإذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كما أمر النبي (ص))

وجملة ذلك : أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص
أحدهم ، من يبيع التفضيل فإن خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت
عليه التسوية بأحد أمرين إما رد ما فضل به البعض وإما إتمام نصيب الآخر ، قال
طاوس لا يجوز ذلك ولا رغبة — محترق ، وبه قال ابن المبارك ، وروى معناه
عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويحيزه في القضاء ، وقال مالك والليث
والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ذلك جائز ، وروى معنى ذلك عن شريح
وجابر بن زيد والحسن بن صالح لأن أبا بكر رضى الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ
عشرين وسقاً دون سائر ولده .

واحتج الشافعي بقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث النعمان بن بشير
« أشهد على هذا غيرى ، فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم
بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم .

ولنا ما روى النعمان بن بشير قال : تصدق على أبي يعرض ماله فقالت أمي
عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبي
رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهده على صدقته فقال « أكل ولدك أعطيت مثله ،
قال لا : قال « فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم ، قال فرجع أبي فرد تلك الصدقة
وفي لفظ قال « فاردده ، وفي لفظ قال « فأرجعه ، وفي لفظ « لا تشهدني على
جور ، وفي لفظ « فاشهد على هذا غيرى ، وفي لفظ « سو بينهم ، وهو حديث
صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لأنه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من
الشهادة عليه والجور حرام ، والأمر يقتضى الوجوب ولأن تفضيل بعضهم يورث
بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها
وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي (ص) ولا يحتاج به معه ، ويحتمل أن

أبا بكر رضى الله عنه خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضائها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من فضائلها ، ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك .

ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لأن حمله على مثل محل النزاع منهى عنه وأقل أحواله الكراهة ، والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فأشهد على هذا غيرى ، ليس بأمر لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي صلى الله عليه وسلم على التناقض والتضاد ولو أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإشهاد غيره أمثل بشير أمره ولم يردده وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهى عن إتمامه ، والله أعلم .

(فصل)

فإن خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل ، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لفوله في تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس به إذا كان الحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة ، والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل بشيراً في عطيته .

والأول أولى إن شاء الله لحديث أبي بكر ، ولأن بعضهم اختص بمعنى يقتضى العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص القرابة ، وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها ، وترك النبي (ص) الاستفصال يجوز أن يكون لعله بالحال .

فإن قيل : لو علم بالحال لما قال « ألك ولد غيره ؟ » .

قلنا يحتمل أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه السلام للذى سأله

عن بيع الرطب بالتمر ، أينقص الرطب إذا يبس ؟ ، قال نعم ، قال : فلا إذا ،
وقد علم أن الرطب ينقص لكن فيه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا هنا .
(نصل) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهة التفضيل ،
قال إبراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل : إذا ثبت هذا فالتسوية
المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ
الأنثيين وبهذا قال عطاء وشريح وإسحاق ومحمد بن الحسن ، قال شريح لرجل قسم
ماله بين ولده : أرددهم إلى سهام الله تعالى وفرائضه ، وقال عطاء : ما كانوا
يقسمون إلا على كتاب الله تعالى ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك :
تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبشير بن سعد
« سو بينهم » وعمل ذلك بقوله « أيسرك أن يستووا في برك ؟ » قال نعم قال :
« فسو بينهم » والبنيت كالإبن في استحقاق برها وكذلك في عطيتها .

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله « سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت
مؤثراً لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه . ولأنها عطية في الحياة
فاستوى فيها الذكر والأنثى كالنفقة والكسوة .

ولما أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى
بقسمة الله ، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ
الأنثيين كحالة الموت يعني الميراث ، يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت
فينبغي أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أداها
بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولأن الذكر أحوج من الأنثى من قبل
أنها إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر ، والأنثى لها
ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله تعالى الميراث ففضل الذكر
مقرونا بهذا المعنى فتعلل به ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة ، وحديث بشير
قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وإنما ثبت حكمها فيما مائلها ولا نعلم حال
أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا ؟ ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس
له إلا ولد ذكر ، ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ، ويحتمل أنه

أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه ، وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى ، وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل .

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا اعطاؤهم على قدر موارثهم سواء كانوا من جهة واحدة كأخوة وأخوات وأعمام وبنى عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم : وقال أبو الخطاب : المشروع في عطية الاولاد وسائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم فإن خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد فثبت فيهم مثل حكمهم .

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ، ولأن الأصل اباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء وانما وجبت التسوية بين الاولاد بالخبر وليس غيرهم في معانهم لانهم استووا في وجوب بر والدهم فاستووا في عطيته ، وبهذا علل النبي صلى الله عليه وسلم حين قال وأيسرك أن يستووا في برك ؟ ، قال نعم قال « فسو بينهم » ولم يوجد هذا في غيرهم ، ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوى بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولأن الاولاد لشدة محبة الوالد لهم وصرف ماله إليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساووهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ، ولا نص في غيرهم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم لبشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك ؟

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين الاولاد كالأب لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » ولأنها أحد الوالدين فمنعت التفضيل كالأب ، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله في تخصيص الام بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه في ذلك .

(فصل) وقول الحرقى : أمر برده يدل على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده وهو ظاهر مذهب أحمد سواء قصد برجوعه التسوية بين الاولاد أو لم يرد وهذا

مذهب مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي ثور ، وعن أحمد روايه أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري والعنبري لقول النبي صلى الله عليه وسلم : العائد في هبته كالعائد في قبته ، متفق عليه ، وعن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها رواه مالك في الموطأ ولأنها هبة يحصل بها الاجر من الله تعالى فلم يحز الرجوع فيها كصدقة التطوع .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لبشير بن سعد : فاردده ، وروى : فارجه ، رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته ، وأقل أحوال الامر الجواز ، وقد امثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده ، ألا تراه قال في الحديث فرجع أبي فرد تلك الصدقة وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق على أبي بصدقة ، وقول بشير اني نخلت ابني غلاماً يدل على أنه كان قد أعطاه ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : فاردده ، وقوله : فارجه ، وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليس لأحد أن يعطى عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده ، رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ما رووه ويفسره ، وقياسهم منقوض بهبة الاجنبي فإن فيها أجراً وثواباً فإن النبي صلى الله عليه وسلم ندب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الوالد كمسألتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوله تصدق على أبي بصدقة .

(فصل) وظاهر كلام الحرقى أن الام كالاب في الرجوع في الهبة لان قوله واذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال في سياقه : أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لأنها داخله في قوله الا الوالد فيما يعطى ولده ، ولأنها لما دخلت في قول النبي : سووا بين أولادكم ، ينبغي أن يتمكن من التسوية والرجوع في الهبة طريق في التسوية وربما تعين طريقاً فيها إذا لم يمكن اعطاء الآخر مثل عطية

الأول ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث بشير بن سعيد فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله لقوله «فأردده»، وقوله «فأرجعه»، ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخلصا لها من الإثم وإزالة للتفضيل المحرم كالأب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع، قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده، والام لا تأخذ، وذكر حديث عائشة «أطيب ما كل الرجل من كسبه وأن ولده من كسبه»، أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فإنه خص الوالد وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الام والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث والام بخلافه، وقال مالك للام الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حيا فإن كان ميتا فلا رجوع لها لأنها هبة لیتيم، وهبة الیتيم لازمة كصدقة التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع.

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة وهو قول الشافعي وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر: من وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع ولنا حديث النعمان بن بشير فإنه قال تصدق على أبي بصدقة وقال فرجع أبي فرد تلك الصدقة وأيضا عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم «إلا الوالد فيما يعطى ولده»، وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص.

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة.

أحدها: أن تكون باقية في ملك الابن فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو ارث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه أبطال لملك غير الولد وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو ارث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوبا له، وإن عادت إليه بفسخ البيع لعب أو إقالة أو فلس المشتري ففيه وجهان.

أحدهما : يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فأشبه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط .

والثاني : لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه فأشبه ما لو عاد اليه بهبة ، فأما ان عاد اليه للفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لان الملك لم يستقر عليه .

(فصل)

الثاني : أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبته فان استولد الامة لم يملك الاب الرجوع فيها لان الملك فيها لا يجوز نقله الى غير سيدها ، وان رهن العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الاب الرجوع فيها لان في ذلك ابطالا لحق غير الولد فان زال المانع من التصرف فله الرجوع لان ملك الابن لم يزل ، وانما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فاذا زال زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المستاجر والمزوج .

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع ، وان قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر اليه والوطء والتزويج والاجارة والكتابة والتدبير ان قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع تصرف الابن في رقبته ، وكذلك العتق المعلق على صفة ، واذا رجع وكان التصرف لازما كالاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لان الابن لا يملك ابطاله فكذلك من انتقل اليه ، وان كان جائزا كالوصية والهبة قبل القبض بطل لان الابن يملك ابطاله .

وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمها في حق الاب ، ومتى عاد الى الابن عاد حكمها ، فأما البيع الذي للابن فيه خيار اما اشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته ، وان وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لان رجوعه ابطال لملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الاب الرجوع في

هيبته حينئذ ، لأنه فسخ هيبته برجوعه فعاد اليه الملك بالسبب الاول ، ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع . لأنه رجع الى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبهه ما لو وهبه ابن الابن لايه .

(فصل) الثالث : أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد فإن تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديوناً أو رغبوا في مناكحته فزوجوه ان كان ذكراً أو تزوجت الانثى لذلك . فعن أحمد روايتان

أولاهما . ليس له الرجوع . قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب لابنه مالا . فله الرجوع إلا أن يكون غربه قوماً ، فإن غربه فليس له أن يرجع فيها ، وهذا مذهب مالك لأنه يتعلق به حق غير الابن ففي الرجوع ابطال حقه ، وقد قال عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » وفي الرجوع ضرر ، ولأن في هذا تحيلاً على الحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك

والثانية له الرجوع لعموم الخبر ، ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه

(فصل)

الرابع : أن لا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة ، فإن زادت فعن أحمد فيها روايتان .

أحدهما : لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي . لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة .

والثانية . تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الاصل لثلا يفضى الى سوء المشاركة وضرر التشقيص ، ولأنه استرجاع للبال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري ، ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري وقد رضى ببذل الزيادة ، وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضاً بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري الآخر به عيباً ، قلنا بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ بيعه ،

للمعيب فكان الفسخ وجد منه، ولهذا قلنا فيها إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني، كتعلم الصناعة أو الكتابه أو القرآن أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه، وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة، وإن زاد برئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات، وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا يزيد في قيمته شيئا أو ينقص منها لم يمنع الرجوع، لأن ذلك ليس بزيادة في المسالية . وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه، والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع هنا

وذكر القاضي وجها آخر أنها للأب وهو بعيد، فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع، لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم إلا أن نقول أن الزيادة المنفصلة للأب فلا يمنع الرجوع لأنه يرجع فيهما جميعا أو يرجع في الأم ويملك الولد من مال ولده

(فصل)

وإن قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع، لأن العين لم تزد ولا القيمة، وإن زادت قيمتها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أو لا؟ يبنى على الروايتين في السمنه، ويحتمل أن تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال، لأنها حاصلة بفعل الابن فحرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فإنه يحتمل أن يكون للأب فلا يمنع الرجوع لأنه نماء العين فيكون تابعا لها؛ وإن وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد، ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لا حكم له، وإن وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز إذا لم تزد قيمتها، وإن زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة، وإن وهبته حاملا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها

وإن قلنا إن الحمل لا حكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة، وإن لم تزد

قيمتها جاز الرجوع فيها ، وان وهبه نخلًا فحملت فهي قبل التأخير زيادة متصلة
وبعده زيادة منفصلة

(فصل) وان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها : ولا
ضمان على الابن فيها تلف منها ، لانها تتلف على ملكه ، وسواء تلف بفعل الابن
أو بغير فعله ، وان جنى العبد جنابة تعلق أرشها برقبته فهو كتنقصاته بذهاب بعض
أجزائه وللأب الرجوع فيه ، فإن رجع فيه ضمن أرش الجنابة ، وان جنى على العبد
فرجع الأب فيرجع الأب فيه فأرش الجنابة عليه للابن لانه بمنزلة الزيادة المنفصلة
فان قيل فلو أراد الأب الرجوع في الرهن وعليه فكافة لم يملك ذلك فكيف
ملك الرجوع في العبد الجاني اذا أدى أرش جنابته ؟ قلنا الرهن يمنع التصرف
في العين بخلاف الجنابة ، ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له ، وههنا لم
يتعلق الحق به من جهة العقد فاقترقا

(فصل) والرجوع في الهبة أن يقول : قد رجعت فيها أو ارجعتها أو ارتدتها
أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج الى حكم حاكم ، وبهذا قال
الشافعي : وقال أبو حنيفة : لا يصح الرجوع الا بقضاء قاض ، لأن ملك
الموهوب له مستقر .

ولنا أنه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر الى قضاء كالفسخ بخيار الشرط ، فاما ان
أخذ ما وهبه لولده ، فان نوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته ، وان
لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا وكان ذلك بعد موت الأب ، فان لم توجد قرينة
تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا ، لان الاخذ يحتمل الرجوع وغيره فلا نزيل
حكما يقينا بأمر مشكوك فيه ، وان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع فقيه وجهان
أحدهما يكون رجوعا ، اختاره ابن عقيل ؛ لانا اكتفينا في العقد بدلالة الحال
ففي الفسخ أولى ، ولان لفظ الرجوع إنما كان رجوعا لدلالته عليه ، فكذلك كل
ما دل عليه : والآخر لا يكون رجوعا ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الملك ثابت
للموهوب له يقينا فلا يزول الا بالصرح ، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد ،
فمن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف بهنا الا بلفظ يقتضى زواله ، ومن
اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فهنا أولى : وان نوى الرجوع من

غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجه واحد . لأنه إثبات الملك على مال مملوك
لغيره فلم يحصل بجرد النية كسائر العقود ، وإن علق الرجوع بشرط فقال : إذا
جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح . لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط
كما لا يقف العقد عليه .

مسألة ، (فإن مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له إذا كان ذلك في صحته)

يعنى إذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعتبة ثم مات ، قبل أن
يسترده ثبت ذلك للوهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع ، هذا المنصوص
عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر
وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم ، وفيه رواية أخرى عن
أحمد أن لسائر الورثة أن يرجعوا ما وهبه ، اختاره ابن بطه وأبو حفص العكبريان
وهو قول عروة بن الزبير وإسحاق

وقال أحمد : عروة قد روى الأحاديث الثلاثة : حديث عائشة وحديث عمر
وحديث عثمان ، وتركها وذهب إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، يرد في حياة
الرجل وبعد موته ، وهذا قول إسحاق : إلا أنه قال : إذا مات الرجل فهو ميراث
بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون إخوته وأخواته ، لأن النبي (ص)
سمى ذلك جوراً بقوله : لا تشهدني على جور ، والجور حرام لا يحل للفاعل فعله
ولا للبعطي تناوله ، والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده ، ولأن
أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به
ولا أعطاه شيئاً ، وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد بإسناده من طريقين
أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ، ثم ولد بعد ذلك
ولد ، فنشئ أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا : إن سعداً قسم
ماله ولم يدر ما يكون ، وأنا نرى أن ترد هذه القسمة ، فقال قيس لم أكن لأغير
شيئاً صنعه سعد ولكن نصيبى له ، وهذا معنى الخبر

ووجه القول الأول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما نحلها نحلاً
وددت لو أنك كنت حزبية ، فدل على أنها لو كانت حازقة لم يكن له الرجوع

وكذلك قول عمر لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولد، فلزمت بالموت كما لو انفرد .

وقوله : إذا كان ذلك في صحته ، يدل على أن عطيته في مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ ، لأن العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث إذا كانت لأجنبي إجماعاً فكذلك لا تنفذ في حق الوارث ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا ، هذا مذهب المديني والشافعي والكوفي ، فإن أعطى أحد بنه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحد فيه فانه مثل عمن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته فقال لو كان أعطاه في صحته ، فيحتمل وجهين .

أحدهما : لا يصح . لأن عطيته في مرضه كوصيته ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه .

والثاني : يصح . لأن التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة فتصح كقضاء دينه .

(فصل)

قال أحمد أحب أن لا يقسم ماله . ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلى أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي إخوته ، فإن كان هذا الولد الحادث بعد الموت لم يكن له الرجوع على إخوته ، لأن العطية لزمت بموت أبيه إلا على الرواية الأخرى التي ذهب إليها أبو عبد الله بن بطة ، ولا خلاف في أنه يستحب لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته ولذلك أمر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما قيس بن سعد برد قسمة أبيه ليساوي المولود الحادث بعد موت أبيه .

(فصل) وللاب أن يأخذ من مال وئده ما شاء ، ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين .

أحدهما : أن لا يحزن بالإبن ولا يضربه ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجته .

الثاني : أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر ، نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى .
وقد روى أن مسروقاً زوج ابنته بصداق عشرة آلاف فأخذها وأنفقها في سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا ، متفق عليه .
وروى الحسن أن النبي (ص) قال : كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين ، رواه سعيد في سنته وهذا نص .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه ، رواه الدارقطني . ولأن ملك الابن تام على مال نفسه فلم يحز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته .

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم ، أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبي اجتاع مالي فقال : أنت ومالك لأبيك ، رواه الطبراني في معجمه مطولاً ، ورواه غيره وزاد : إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم .

وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن لي مالا وعبالا ولأبي مال وعبال وأبي يريد أن يأخذ مالي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك ، أخرجه سعيد في سنته ، ولأن الله تعالى جعل الولد موهوباً لأبيه فقال (ووهبنا له إسحاق ويعقوب) وقال (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ولياً) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحاق وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبده .

وقال سفيان بن عيينة في قوله (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم

أو يوت آبائكم) ثم ذكر يوت سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله (يوتكم) فلما كانت يوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر يوت أولادهم، ولأن الرجل يلى مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله «أنت ومالك لأبيك» فلا تنافي بينهما، وقوله «أحق به من والده وولده» مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تعلقت به حاجته.

(فصل)

وليس للولد مطالبة أليه بدين عليه، وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان بن عيينه، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك، لأنه دين ثابت لجازت المطالبة كغيره.

ولنا أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بأبيه يقتضيه ديننا عليه فقال «أنت ومالك لأبيك» رواه أبو محمد الخلال بإسناده، وروى الزبير بن بكار في كتاب الموفقيات بإسناده أن رجلا استقرض من ابنه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن على بن أبي طالب رضى الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضا فقال على رضى الله عنه :

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم المال للشيخ جزاء بالنعم
يا كله برغم أنف من رغم من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبش ما جرم

قال الزبير : إلى هذا نذهب ولأن المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أليه بها كحقوق الأبدان، ويفارق الأب غيره بما ثبت له من الحق على ولده وإن مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الأب به، لأن موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى، وإن مات الأب رجع الابن في تركته بدينه، لأن دينه لم يسقط عن الأب وإنما تأخرت المطالبة.

وقد روى عن أحمد أنه قال : إذا مات الأب بطل دين الابن، وقال فيمن

أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه فليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته ، وتناول بعض أصحابنا كلامه على أن له ما أخذه على سبيل التملك ، ويحتمل أن يكون أخذه له وإتقاه إياه دليلاً على قصد التملك فيثبت الملك بذلك الأخذ والله أعلم .

(فصل) وإن تصرف الأب في مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال : لا يجوز عتق الأب لعتقه ماله لم يقضه ، فعلى هذا لا يصح إيراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له وذلك لأن ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه ، ولو كان الملك مشتركاً لم يحل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة ، وإنما للأب انتزاعه منه كالعين التي وهبها إياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لأنه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية . وإن كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لأنه لا يملك التصرف بما لا حظ للصغير فيه وليس من الحظ إسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله .

فصل

قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام وقال : لا يبطأ جارية الابن إلا أن يقبضها يعني يملكها ، وذلك لأنه إذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين وإن تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لأنه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها ، وإن كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال ، وإن وطئها قبل تملكه كان محرماً من وجهين .

أحدهما : أنه وطئها قبل ملكها .

والثاني : أنه وطئها قبل استبرائها ، وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهي أنها صارت بمنزلة حليلة ابنة فارس فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فإن النبي صلى الله عليه وسلم أضاف مال الولد إلى أبيه فقال : أنت ومالك لأبيك ، وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لأنه من وطئ انتفى عنه الحد للشبهة وتصير أم ولد وليس للابن مطالبة بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها ، وهل يجوز ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يعزر لأنه وطىء وطأ محرماً أشبه ما لو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره .

والثاني : لا يعزر لأنه لا يقتض منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله (فصل) وليس انير الأب الاخذ من مال غيره بغير إذنه لأن الخبر ورد في الأب بقوله : أنت ومالك لأبيك ، ولا يصح قياس غير الأب عليه لأن للأب ولاية على ولده وماله إذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكّد ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لأنها لا ولاية لها والجد أيضاً لا يلى على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الأب وبحجب به في الميراث ، وفي ولاية النكاح وغيرها من الاقارب والاقارب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لأنه إذا امتنع الاخذ في حق الأم والجد مع مشاركتها للأب في بعض المعاني فغيرهما مما لا يشارك الأب في ذلك أولى .

« مسألة ، قال (ولا يحمل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته وان لم يثب عليها)

يعنى وان لم يعوض عنها ، وأراد من عدا الأب لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع بقوله أمر برده : فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته ، وهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال النخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

واحتجوا بما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الرجل أحق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه في سننه ويقول عمر : ولأنه لم يحصل له عنها عوض لحاز له الرجوع فيها كالعارية .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « العائد في هبته كالعائد في قبته » وفي لفظ « كالكلب يعود في قبته » وفي رواية « أنه ليس لنا مثل السوء » العائد في هبته كالكلب يعود في قبته ، متفق عليه ، وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لاحد أن يعطى عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده » وقد ذكرناه .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن نبي الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يرجع واهب في هبة إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذى الرحم المحرم ، وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى ، وقول عمر قد روى عن ابنه وابن عباس خلافة ، وأما العارية فإنه هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فإن قبضها باستيفائها فتظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها .

(فصل) لحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوى رحمه المحرم غير ولده لا رجوع فيه ، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء فعندنا لا يرجع إلا الوالد وعندهم لا يرجع إلا الاجنبى ، فأما هبة المرأة لزوجها فمن أحد فيه روايتان .

إحداهما : لا رجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة .

والثانية : لها الرجوع ، قال الأثرم سمعت أحمد يسأل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيت يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث ، إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقوام ، وذكر حديث عمر ، أن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وأما امرأة أعطت زوجها شيئا ثم أرادت أن تعنصره فهي أحق به ، رواه الأثرم بإسناده وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهرى عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها أبو طالب إذا وهبت له مهرها فإن كان سألها ذلك رده إليها رخصت أو كرهت لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها وإن لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز ، فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسأله لها أو غضبه عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى : فإن طبر لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً (وظاهر كلام الحرق الرواية الأولى ودر اختيار أبي بكر لقول الله تعالى) (إلا أن يعفون أو يعفو الذى يديه عقدة النكاح) وقال تعالى (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً) وعموم الأحاديث التى قدمناها .

(فصل) ولا يجوز للتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جميعا لأن عمر قال في حديثه ، من وهب هبة على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ، مع عموم أحاديثنا فاتفق دليلهم ودليلنا فلذلك اتفق قولهم وقولنا .

(فصل) والهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في الهبة لمثله أو دونه كقولنا : فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان .

أحدهما : أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها .

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كهبه المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ، فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضا أيها أصاب عيبا لم يكن له الرد ، وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له يبدلها فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه أحمد لأنه تملك بعوض معلوم فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولأصحاب الشافعي قول إنه لا يصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها .

ولنا أنه تملك بعوض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرم فإنه لو أطلق التملك كان هبة وإذا ذكر العوض صار بيعا ، وقال أبو الخطاب ، وقد روى عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به ، فأما أن شرط ثوابا مجهولا لم يصح وفسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد يردّها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نماء ملك الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور ، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه لزم العقد بذلك فإنه قال في رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب هذا لك على أن تثبني فله أن يرجع إذا لم يشبه أنه شرط ، وقال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الإثابة فلا يجوز إلا أن يشبه عنها فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فإن لم يفعل فاللواهب الرجوع ويحتمل أن

يعطيه قدر قيمتها ، والأول أصح ، لأن هذا بيع فيعتبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فإذا عوضه عوضاً رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها ، وإن لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد فانه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي ، والأصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على مئة يرجع فيها إذا لم يرض منها ، وروى معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد وبناك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثواباً .

وقد روى أبو هريرة أن أعرابياً وهب للنبي صلى الله عليه وسلم ناقة فأعطاه ثلاثاً فأبى فزاده ثلاثاً فأبى فزاده ثلاثاً فلما كملت تسعاً قال رضيت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن لا أتب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيني أو دوسي ، من المستند ، قال أحمد إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثب منها فلا يرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوباً لبسه أو غلاماً استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندى مثل الرهن . الزيادة والنقصان لصاحبه

مسألة ، قال (وإذا قال دارى لك عمرى أو هى لك عمرى فهى له ولورثته من بعده)

العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره : وصورة العمرى أن يقول الرجل أعمرتك دارى هذه أو هى لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا ، سميت عمرى لتقيدها بالعمر ، والرقبى أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هى لك حياتك على أنك إن مت قبل عادت إلى ، وإن مت قبلك فهى لك ولعقبك ، فكأنه يقول هى لأخرنا موتاً وبذلك سميت رقبى لأن كل واحد منها يرقب موت صاحبه ، وكلاهما جائز في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تعمروا ولا ترقبوا .

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « العمرى جائزة لأهلها والرقبي جائزة لأهلها » ، رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، فأما انتهى فإنما ورد على سبيل الإعلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرقبتم بعد للعمري والمقرب ولم يعد إليكم منه شيء ، وسياق الحديث يدل عليه فإنه قال : « فمن أعمر عمرى فهو لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه » ، ولو أريد به حقيقة انتهى لم يمنع ذلك صحته فإن انتهى إنما يمنع صحة ما يفيد المنهى عنه فائدة ، أما إذا كان صحة المنهى عنه ضررا على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض ، وصحة العمرى ضرر على المعمر فإن ملكه يزول بغير عوض ، إذا ثبت هذا فإن العمرى تنقل الملك إلى المعمر وبهذا قال جابر ابن عبد الله وابن عمر وابن عباس وعمر بن الخطاب ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن علي

وقال مالك والليث العمرى تملك المنافع لا تملك بها رقة المعمر بحال ويكون للعمري السكنى فإذا مات عادت إلى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكنها لهم فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن ابن القاسم قال : سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال إبراهيم بن إسحاق الحارثي عن ابن الأعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبي والافتقار والأخبال والمنحة والعريه والعارية والسكنى والاطراق إنها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ، ولأن التملك لا يتأقت كما لو باعه إلى مدة فإذا كان لا يتأقت عمل قوله على تملك المنافع لأنه يصح توقيته .

ولنا ما روى جابر قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهو للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه » ، رواه مسلم ، وفي لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له ، متفق عليه ، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا رقبى فمن أرقب شيئا فهو له حياته وموته » ، وعن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث .

والله روى مالك حديث العمرى في موطنه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر

وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة، وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعى إجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان، وقول ابن الاعرابي أنها عند العرب تملك المنافع لا ينز إذا نقلها الشرع إلى تملك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأعمال المنظومة، ونقل الظهار والإيلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة، قولهم إن التملك لا ينافي قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تملكاً مطلقاً .

(فصل)

إذا شرط في العمري أنها للعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للعمر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها وإذا أطلقها فهي للعمر وورثته أيضاً لأنها تملك للرقبة فاشبهت الربة فإن شرط أنك إذا مت فهي لي فمن أحمد روايتان : أحدهما : صحة العقد والشرط ومتى مات المهر رجعت إلى المهر وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهري ومالك وأبو سفيان بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولي الشافعي لما روى جابر قال : إنما العمري التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها ، متفق عليه ، وروى مالك في موطنه عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل أعرم عمري له ولعقبه فإنها للذي أعطيا لا ترجع إلى الذي أعطاه ، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، وقال القاسم بن محمد ما أهدكت للناس إلا على شروطهم في أموالهم (والرواية الثانية) أنها تكون للعمر ولورثته ويسقط الشرط وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المطلقة التي ذكرناها وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا رقي فمن أرقب شيئاً فهو له في حياته وموته ، وقال مجاهد الرقي أن يقول هي للآخر مني ومنك موتاً .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا عمري ولا رقي فمن أعر شيئاً أو أرقب فهو له حياته وموته ، وهذا صريح في إبطال

الشرط لأن الرقي يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه .

وأما نقل لفظ النبي (ص) قال : أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فإنه من عمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه ، ولأننا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لا يجوز فيها التأقيت ولم يفسدها الشرط ، لأنه ليس بشرط على المعمر ، وإنما شرط ذلك على ورثته ، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه .

وأما قوله في الحديث الآخر أنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن ، كذلك رواه ابن أبي ذئب : وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهي له بئله لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مشئويه : قال أبو سلمة لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث .

فصل

والرقي هي أن يقول : هذا لك عمرى ، فإن مات قبل رجوع الرقي ، وإن مات قبلك فهو لك ، ومعناه هي لاخرنا موتا ، وكذلك فسرهما مجاهد ، سميت رقي لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه .

وقد روى عن أحمد أنه قال : هي أن يقول : هي لك حياتك فإذا مات فهي لفلان أو هي راجعة إلى ، والحكم فيها على ما تقدم ذكره ، وإنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر ، وقال على رضى الله عنه : العمرى والرقي سواء : وقال طاووس : من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهرى : الرقي وصية ، يعنى أن معناها إذا مات فهذا لك .

وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة : الرقي باطلة لما روى أن النبي (ص) أجاز العمرى وأبطل الرقي ، ولأن معناها أنها للأخر منا ، وهذا تمليك معلق بخاطر ، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر .

ولنا ما رويناه من الأخبار ، وحديثهم لا نعرفه ولا نعلم أن معناها ما ذكروه بل معناها أنها لك خباتك فإن مات رجعت إلى فتكون كالعمرى سواء ، إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله ، وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصل)

وتصح العمرى فى غير العقار من الحيوان والشياب ، لأنها نوع هبة فصحت فى ذلك كسائر الهبات .

وقد روى عن أحد فى الرجل يعمر الجارية فلا أرى له وطأها .

قال القاضى : لم يتوقف أحد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها ، لكن على طريق الورع لأن الوطء استباحة فرج . وقد اختلف فى صحة العمرى وجعلها بعضهم تملك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ، ولو وطئها كان جائزاً

(فصل) وان وقت الهبة الى غير العمرى والرقبى فقال : ومبتك هذا لسنة أو الى أن يقدم الحاج أو الى أن يبلغ ولدى أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها تملك للربة فلم تصح مؤقتة كالبيع ، وتفارق العمرى والرقبى لأن الإنسان إنما يملك الشئ عمره ، فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به فى الحقيقة فنصار ذلك كالمطلق ، وان شرط رجوعها اليه بعد ذلك كان شرطاً على غير الموهوب له بخلاف غيره .

مسألة ، قال (وان قال سكنها لك عمرك كان له أخذها أى وقت أحب

لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى)

أما اذا قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو سكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لأنه فى التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفى بمضى الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم الا فى قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى ، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبى والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وروى معنى ذلك عن خصه .

وقال الحسن وعطاء وقتادة : هي كالعمرى تكون له ولعقبه لأنها في معنى
العمرى فيثبت فيها مثل حكمها . وحكى عن الشعبي أنه إذا قال : هي لك أسكن
حتى تموت ، فهي له حياته وموته ، وإن قال داري هذه أسكنها حتى تموت فلها
ترجع إلى صاحبها ، لأنه إذا قال هي لك فقد جعل له رقبته فتكون عمرى ، فإذا
قال أسكن داري هذه ، فإنما جعل له نفقها دون رقبته فتكون عاريه

ولنا أن هذا إباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعاريه وظرف العمرى فإنها هبة
للرقبة ، فأما إذا قال هذه لك أسكنها حتى تموت فإنه يحتمل لك سكنها حتى تموت
وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى ، فأشبه ما لو قال : هذه لك سكنها ،
وإذا احتمل أن يريد به الرقبة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزيل ملكه بالاحتمال
(فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعه ففسد ثم وهب تلك العين أو باعها
بعقد صحيح مع علمه بفساد الأول صح العقد الثاني لأنه تصرف في ملكه عالماً
بأنه ملكه : وإن كان يعتقد صحة العقد الأول ففي صحة الثاني وجهان

أحدهما : صحته لأن تصرفه صالح ملكه وتم بشرطه ، فصح كما لو علم فساد
الأول . والثاني لا يصح لأنه تصرف تصرفاً يعتقد فساد ففسد ، كما لو صلى يعتقد
أنه محدث فبان متطهراً ، وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لآية فبان أنه قد
مات وملكها بالميراث ، أو غصب عينها فباعها يعتقد أنها منصوبة فبان أنها ملكه
فصل الوجهين .

قال القاضي : أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يعتقد أنها أجنبية فبانت
أمراته أو واجه بالعتق من يعتقد أنها حرة فبانت أمته ، ففي وقوع الطلاق والحرية
روايتان ، وللشافعية في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم

(تم الجزء الخامس بعون الله وبليه الجزء السادس إن شاء الله)

(فهرس الجزء الحـ - أس من المقتى)

- ٣ مكتاب الشركة ٤ مشاركة اليهودى والنصرانى شركة الابدان
- ٧ رجلان لكل واحد دابة ٨ إن دفع رجل دابته الى آخر . قفيز الطحان
- ١١ ان اشترك ثلاثة من أسهم دابة ١٢ ان اشترك بدنان بمال أحدهما
- ١٤ اشترك بدنين بماليهما ١٥ الحكم فى النقرة والشركة بالفلوس
- ١٦ رأس مال الشركة لا يجوز بمجهول ١٧ متى وقعت الشركة فاسدة : ما العمل ؟
- ١٨ ليس للشريك مكاتبه الرقيق ٢٠ مال المضاربة ٢١ موت أحد الشريكين
- ٢١ اشترك بدن ومال ٢٣ اشترك مالين وبدن - اذا دفع مضاربة
- ٢٤ شرط العمل ٢٥ شركة المفاوضة - الربح على ما اصلطعا عليه
- ٢٦ شركة العنان وشركة الابدان وشركة الوجوه ٢٧ شركة المضاربة
- ٣٠ دفع مال الى اثنين - إن قارض اثنان واحداً
- ٣٠ شرط جزء من الربح لغير العامل ٣١ للوضيعة على قدر المال أى المحسنة
- ٣٢ جعل فضل دراهم لأحد الشركاء - دفع ألفين مضاربة
- ٣٣ المضارب اذا باع بنسيئة ٣٦ حكم المضارب كمحكم الوكيل
- ٣٦ البيع والشراء بغير نقد البلد ٣٧ شراء المغيب - شراء من يعتق
- ٣٨ اشترى امرأة رب المال - ان اشترى المأفون له
- ٣٩ ان اشترى المضارب من يعتق عليه - الشراء بأكثر من رأس المال
- ٣٩ وطء أمة من المضاربة ٤٠ تزويج الامة - دفع المضارب المال الى آخر
- ٤٢ الإذن فى دفع المال مضاربة - خلط مال المضاربة - شراء نحر أو خنزير
- ٤٣ اذا مضارب لرجل لم يجوز أن يضارب لآخر
- ٤٤ دفع المضاربة واشترائط التفقة - أخذ مضاربة ثم أخذ بضاعة
- ٤٤ اذا أخذ مائة قراضاً ثم أخذ من آخر ٤٥ تعدى المضارب
- ٤٦ تولى العامل ما يتولاه المضارب ٤٧ سرقة مال المضاربة
- ٤٧ من اشترى عبداً قتل - ربح المضارب ٤٨ اذا ضاع غنم
- ٤٩ شراء رب المال من مال المضاربة - شراء المضارب من المضاربة
- ٤٩ شراء أحد الشريكين واستكباره

- ٥٠ من ربح في إحدى السلعتين وخسر في الأخرى
 ٥١ الاذن في ضم إحدى المضاربتين - المضارب يربح ويخسر
 ٥٢ من قارض في مرضه - اذا مات رب المال ٥٣ الفضل في يد المضارب
 ٥٣ المطالبة بقسمة الربح ٥٤ المضاربة من العقود الجائزة ٥٥ انقضاء الفراض
 ٥٦ تلف المال قبل الشراء ٥٧ الربح بينهما والوضيعة على المال
 ٥٧ الشروط في المضاربة ٥٨ تأقيت المضاربة ٥٩ الشروط الفاسدة
 ٦٠ المضاربة الفاسدة ٦١ المضاربة بالدين الذي على المدين ٦٢ المضاربة بالوديعة
 ٦٣ العامل أمين في مال المضاربة - الاذن في البيع نسبته ٦٤ شرط نصف الربح
 ٦٤ انكار رب المال رد المال ٦٥ اذا دفع الى رجلين قرضا على النصف
 ٦٥ ان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فزعم العامل انه كان قرضا
 ٦٦ اشتراط النفقة - اذا كان عبد بين رجلين فباعه
 ٧٠ قسمة الدين في الذمم ٧١ العبد المأذون له

(كتاب الوكالة)

- ٧٢ من صح تصرفه في شيء بنفسه صح بالوكالة ٧٣ المكاتب يوكل عنه
 ٧٣ التوكيل في الشراء والبيع الخ ٧٤ التوكيل في مطالبة الحقوق
 ٧٥ التوكيل في الشهادة - التوكيل في حقوق الله تعالى ٧٧ الايجاب والقبول
 ٧٩ الوكالة في تصرف معلوم ٨٠ توكيل وكيلين ٨١ التوكيل فيما وكل فيه
 ٨٢ توكيل الامين - الحكم في الوصي والولي ٨٣ التوكيل في الخصومة
 ٨٤ التوكيل في بيع شيء ٨٥ التوكيل في شراء شيء - التوكيل في قبض دين
 ٨٥ ادعاء تلف الثمن ٩٢ بيع العبد نسبته - ثمن المبيع أمانه
 ٩٤ ادعاء الوكيل انه دفع مالا لرجل ٩٥ التوكيل في ابداع مال
 ٩٥ ادعاء شخص انه وكيل صاحب الدين ٩٦ من قال انه وارث صاحب الحق
 ٩٧ امتناع من طلب منه حق حتى ... - شراء الوكيل أو الوصي من نفسه
 ٩٩ من وكل رجلا يتزوج له امرأة - التوكيل في بيع وشراء عبد
 ٩٩ اذا اذن للوكيل أن يشتري من نفسه ١٠٠ توكيل العبد والاذن له

- ١٠٢ شراء الوالد لنفسه من مال ولده الطفل
 ١٠٢ ما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته
 ١٠٣ متى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف
 ١٠٤ الوكالة والتعدي فيما وكل فيه - من وكل امرأة ثم طلقها
 ١٠٥ ان وكل مسلم كافراً - تلف العين التي وكل في التصرف فيها
 ١٠٦ غياب صاحب الحق ١٠٧ اذا وكله في طلاق زوجته
 ١٠٧ شراء شيء غير المطلوب ١٠٩ ان وكله في ان يزوجه امرأة فزوجه غيرها
 ١٠٩ ماذا يملك الوكيل من التصرف ١١١ ان عين له الشراء بشيء
 ١١٢ الاختلاف في حال الموكل فيه - البيع بدون ثمن المثل
 ١١٣ البيع والشراء بأقل أو أكثر من الموكل به
 ١١٧ المشتري اذا كان معيباً - ما يوجب للوكيل ١٢٠ الشهادة على الوكالة

(كتاب الاقرار بالحقوق)

- ١٢٤ من يصح الاقرار ١٢٨ الاقرار لحمل امرأة بمال
 ١٢٨ الاقرار بشيء والاستثناء منه
 ١٣٣ من قال لآخر : هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية
 ١٣٤ من ادعى عليه شيء وقال قد كان له على وقضيت
 ١٣٧ من قال : غصبت هذه الدار - من كان في يده عبدان فقال أحد هذين لزيد
 ١٤٨ من أقر بعشرة دراهم ثم سكت ١٣٩ من أقر بدراهم وأطلق
 ١٤١ الفاظ الاقرار والحكم فيها ١٤٦ من أقر بشيء واستثنى منه
 ١٥١ اذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة
 ١٥٣ من قال : له في هذا العبد ألف - من قال : له في مالي هذا ألف
 ١٥٤ من قال : له في هذا العبد شركة (الاقرار بالمجهول)
 ١٥٧ من قال له على أكثر من مال فلان ١٥٨ من قال على ألف الاشياء
 ١٦٠ لو قال غصبتك أو غبتك - الشهادة على الاقرار بالمجهول
 ١٦٠ لو قال له عندي رهن فقال وديعة . ان قال لك على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه

- ١٦١ بيع جارية وزعم تزويجها ١٦٢ الاقرار بحرية عبد ثم شراؤه
 ١٦٣ لومات بخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ
 ١٦٥ إقرار جميع الورثة بنسب يشاركونهم - شروط الإقرار بالنسب
 ١٧٠ إنكار المقر ١٧١ الاقرار بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجة أمة
 ١٧٤ من أقر بدين على أبيه - ادعاء رجلين داراً بينهما
 ١٧٥ من قلت القول قوله فلخصمه اليمين ١٧٦ من أقر أنه وهب
 ١٧٦ الاقرار بدين في مرض موته ١٩٧ الاقرار لوارث
 ١٧٨ الاقرار لامرأته بهر - الاقرار لوارث نصار غير وارث
 ١٧٩ لوارث وأجنبي - إقرار المريض بوارث وخلافه
 ١٨٠ الفاظ الإقرار

(كتاب العارية)

- ١٨٣ العارية مضمونه ١٨٤ شروط نفي الضمان
 ١٨٥ إذا انتفع بها وردّها - ضمان ولد العارية
 ١٨٦ ضمان العين وبقاؤها - من تصح العارية ١٨٧ ما تجوز إعارته
 ١٨٧ تجوز الإعاره مطلقاً ومقيداً ١٨٨ استيفاء المنفعة
 ١٨٩ إجارة المستعار ورهنه ١٩٠ تجوز العارية مطلقه ومؤقته
 ١٩١ الانتفاع بالعارية ١٩٥ اختلاف رب الدابة وراكبها

(كتاب الغصب)

- ١٩٨ ما تتماثل أجزاؤه وصفاته ٢٠٠ من غصب أرضاً ففرضها
 ٢٠١ الحكم فيما إذا بني في الأرض
 ٢٠٣ من غصب أرضاً فكشط تراها أو حفر فيها بئراً
 ٢٠٥ ما على الغاصب ٢٠٦ قدر الأرض
 ٢٠٧ من غصب عبداً فجنى عليه - أن جنى العبد المنصوب
 ٢٠٨ نقصان المنصوب ٢١٠ إن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم
 ٢١٢ الثمر لصاحب الشجر ٢١٣ إذا غصب أرضاً لحكمتها حكم غيرها
 ٢١٥ من غصب عبداً فزادت قيمته أو نقصت ٢١٦ مرض المنصوب

- ٢١٦ زوائد النصب في يد الغاصب ٢١٧ ضمان نقص القيمة
 ٢١٧ شق المنصوب نصفين ٢١٨ نصب الثوب - نقص المنصوب
 ٢١٩ من نصب حيا فطحه ٢٢١ من نصب عبدا فصاد حيدا
 ٢٢٢ من نصب جاريه ٢٢٣ إن باع الغاصب الجارية
 ٢٢٤ من استكره امرأة على الزنا ٢٢٧ إيداع المنصوب والتوكيل فيه
 ٢٢٧ اعارة المنصوب وهبه ٢٢٨ الاتجار في المنصوب
 ٢٣٠ من نصب شيئا فتغير ٢٣١ من نصب حاملا
 ٢٣٢ تلف المنصوب ٢٣٣ أجرة المنصوب
 ٢٣٤ من نصب شيئا فشغله ٢٣٥ من نصب نصيلا أو جوهرة
 ٢٣٧ من نصب لوحا فرقعه به سفينة ٢٣٨ خلط المنصوب
 ٢٣٩ صبغ الثوب المنصوب ٢٤٤ اختلاف المالك والغاصب في القيمة
 ٢٤٦ الإقرار والادعاء ٢٤٧ جناية العبد المنصوب
 ٢٤٨ اتلاف شيء لذي ٢٤٩ نصب كلب
 ٢٥٠ كسر صليب أو آنية ٢٥١ اثبات النصب
 ٢٥١ ضمان أم الولد - طيران طائر وحل دابة وخلاتها
 ٢٥٢ من أوقد نارا في ملكه ٢٥٤ إلقاء ثوب في بيت
 ٢٥٤ أكل بهيمة حشيش قوم

(كتاب الشفعة)

- ٢٥٥ لمن نجب الشفعة وشروطها وفيما هي ٢٦٤ بيع المريض
 ٢٦٦ ملكية الشفعة الشقص بكل لفظ ٢٦٧ إقرار البائع وإنكار المشتري
 ٢٦٨ من لم يطالب بالشفعة ٢٧٠ اظهار المشتري أن الثمن أكثر
 ٢٧١ الفاظ الشفعة ٢٧٢ من باع نصيبه في الشفعة
 ٢٧٤ من كان غائبا وعلم بالبيع ٢٧٥ من أخر القدوم
 ٢٧٦ من كان مريضا - من لم يعلم حتى تباع ثلاثة
 ٢٧٨ من جعله صداقا أو عوضا - من اشترى شقصا بعبد
 ٢٨٠ مطالبة الصغير اذا كبر بالشفعة ٢٨٣ الولي والوصي

- ٢٨٣ الحكم في المجنون ٢٨٤ شركة المضاربة والوقف
 ٢٨٥ بناء المشتري والشفعة ٢٨٦ الزرع ونمو المبيع
 ٨٧ تلف الشقص ٨٨ وقوع الشراء بعين أو ورق
 ٨٩ استحقاق الشفيع الشقص بالثمن . أحوال الثمن
 ٩٠ بيع شقصين صفقة واحدة ٢٩١ من يأخذ بالشفعة
 ٩٢ الاحتيال لاسقاط الشفعة ٩٤ الاختلاف في الثمن
 ٩٥ ادعاء الشفيع على بعض الشركاء ٢٩٦ دار بين حاضر وغائب
 ٣٠٠ دار بين ثلاثة ٣٠٣ ترك واحد شفعة - غياب الشفعاء
 ١٠٥ أخذ الشفيع أحد النصيبين ٣٠٧ دار بين أربعة
 ١٠٨ عهدة الشفيع وعهدة المشتري ١٠٩ حكم الشفيع في الرد بالعيب
 ١٠ متى تورث الشفعة ١٣ اذن الشريك ومطالبته بالشفعة
 ١٤ توكل الشفيع في البيع وضمائه ١٩ الاختلاف في قول الشفعاء
 ١٧ أحكام عامة في الدار ٢٠ شفعة الكافر على مسلم
 ٢١ شفعة الذمي وأهل البدع ٢٢ شفعة البدوي

(كتاب المساقاة)

- ٢٢ المساقاة في النخل والشجر ٢٥ مالا ثمرة من الشجر
 ٢٦ المساقاة على ثمرة موجودة ٢٧ مساقاة اثنين عاملا واحدا
 ٢٨ صيغ المساقاة ٢٩ مساقاة أحد الشريكين شريكه
 ٣٠ المساقاة والفاظها وما تكون فيه ٣١ اطلاق عقد المساقاة
 ٣٢ الجذاذ والحصاد واللقاط ٣٣ الشروط في المساقاة
 ٣٦ خيار الشرط ٣٧ هروب العامل وأمانته
 ٣٨ أحوال العامل ٣٩ المساقاة على أرض خراجية
 ٤٠ فضل الدراهم للعامل ٣٤١ المساقاة على ودي النخل وصغار الشجر

(باب المزارعة)

- ٤٣ المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض ٣٤٨ إذا كان النذر من رب الأرض
 ٣٥٠ الاتفاق على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسم ما بقي

٣٥١ الشروط الفاسدة ٣٥٢ أحوال المزارعة ٣٥٣ إجارة الأرض

(كتاب الاجارات)

- ٥٦، ما هي الاجارة ومن تجوز ٣٥٧ الاجارة على مدة معلومة
 ٥٩، الاشتراط أن تلي الاجارة العقد ٣٩٠ لا تقدر أكثر مدة الاجارة
 ٦٠، الاجارة على ضربين ٣٦١ من أكثرى دابة الى العشاء
 ٦٢، العوض في الاجارة ٣٦٣ بعض أحوال الاستئجار
 ٦٤، متى يملك المؤجر الاجرة
 ٦٦، شرط تأجيل الاجر - استيفاء المستاجر المنافع
 ٦٧، اذا وقعت الاجارة على كل شهر فلا فسخ ٣٦٨ الاجارة عقد لازم
 ٦٩، من استأجر عقاراً مدة بعينها لزمته الاجرة بكل حال
 ٧٠، تصرف مالك العقار فيه ممنوع قبل المدة ٣٧٢ هروب الاجير
 ٧٢، حيز المستاجر عن منفعة ما وقع عليه العقد
 ٧٥، من أكثرى ما به عيب ٣٧٦ للمستاجر على المؤجر ما يتمكن به من الانتفاع
 ٧٧، من استؤجر فرض ٣٧٩ الاستئجار للحضر
 ٨٠، الاستئجار لضرب اللبن والبناء ٣٨١ الاستئجار لأنواع مختلفة
 ٨٣، استئجار السمسار ٣٨٤ اذا مات المكري والمكثري
 ٨٦، إيجار الولي الصبي فبلغ ٣٨٧ إيجار العبد ثم أعتق - من أجر عيناً ثم باعها
 ٨٨، شراء المستاجر العين وارثها ٣٩٠ تلف العين المستأجرة
 ٩١، سكنى العقار المستاجر - تأجير العين المستأجرة
 ٩٢، من أكثرى دابة فأركبها غيره ٣٩٣ العين بمثل أجرها وزيادة
 ٣٩٩ كراء الأرض وأنواعه ولا شيء على المؤجر اذا ملك الزرع
 ٤٠٣ استئجار الاجير بطعامه وكسوته
 ٤٠٥ الاجير اذا استغنى عن كسوته وطعامه ٤٠٧ استئجار المرضع
 ٤٠٨ تأجير الامه وأم الولد ٤٠٩ موت المرضع
 ٤١٠ العطاء عند الفطام - أكثرى الدابة الى موضع وتجاوز

(الضمان)

- ٤١١ من اكترى لمحولة شيء فزاد عليه ٤١٥ الاكتراء مدة غزائه لا يجوز
٤١٦ من سمى لكل يوم شيئاً معلوماً

(مسائل الصيرة)

- ٤١٨ من اكترى الى مكة ولم ير المحولة ٤٢١ من اشترط حمل زاد مقدر
٤٢٢ ما يلزم المكري والمكترى ٤٢٣ هرب الخمال في بعض الطريق
٤٢٥ كراء العقبة ٤٢٦ من رأى الراكبين
٤٢٧ اكتراء الابل والدواب ٤٣٠ ما حدث في السلعة في يد الصانع
٤٣١ الاجير المشترك وبيانه ٤٣٢ الاجير الخاص وبيانه
٤٣٣ اذا تلف الصانع الثوب — أجر الزيادة ٤٣٤ الزيادة والنقص في الثوب
٤٣٦ من استؤجر على عمل في عين ٤٣٧ ان تلف من حرز
٤٣٨ حبس الصانع الثوب فتلف ٤٣٨ خطأ القصار — العين المستأجرة أمانة
٤٤٠ ضرب الدابة — لا ضمان على حجام وختان ومنطبيب
٤٤١ الاستئجار على الختان والحجام ٤٤٥ لا ضمان على الراعى
٤٤٥ العقد في الرعى ٤٤٦ ما تجوز اجارته ٤٤٩ ما لا تجوز اجارته
٤٥٠ ما منفعته محرمة ٥٢ ما يحرم بيعه ٥٣ اجارة المصحف
٥٣ اجارة المسلم للذمي ٥٤ القربات ٥٥ اعطاء المعلم
٥٧ الاختلاف في قدر الاجر وفي المدة ٥٩ الاختلاف في بعض المسائل

(كتاب احياء الموات)

- ٤٦٠ من أحيأ أرضاً لم تملك ٤٦٣ دار الحرب ودار السلام والمسلم والذمي
٤٦٢ ما قرب من العامر ٤٦٥ ان تحجر مواتاً ٤٦٦ اقطاع الموات
٤٦٧ أرض ملع أو ماء ٤٦٨ المعادن الباطنة ٤٦٩ من شرع في حفر معدن
٤٦٩ من عمل في معدن لا يملكه ٤٧١ مانضب عنه الماء
٤٧١ ما كان من الشوارع والطرقات ٤٧٢ القطائع ٤٧٤ الحمى

(أحكام المياه)

- ٤٧٦ الماء الجاري ٤٨٠ الساقية ٤٨١ قسمة ماء النهر ٤٨٢ منيع الماء المملوك

- ٤٨٣ إحياء الأرض : أن يحوط عليها حائطاً ٤٨٥ خرب بر فيها
٤٨٧ الشجرة في موات ٤٨٨ ما أحياء الانسان أو سبق اليه

• (كتاب الوقوف والعطايا •

- ٤٨٩ من وقف على قوم ٤٩٢ انتقال الملك بالوقف ٤٩٣ الفاظ الوقف
٤٩٣ الوقف بالفعل ٤٩٤ منافع والأكل منه ٤٩٥ الشرط في الوقف
٤٩٦ جعل الدار مسجداً ٤٩٧ الوقف على الأولاد والمساكين
٥٠٣ الوقف على أولاد الغير ٥٠٥ تفضيل البعض على البعض
٥٠٧ الرجوع الى المساكين ٥٠٨ الوقف على سبيل الله وابن السبيل
٥١٠ من لم يجعل آخره للمساكين ٥١٢ ان لم يكن للواقف أقارب
٥١٢ الوقف منقطع الابتداء وغيره ٥١٣ الوقف في المرض
٥١٤ تعليق الابتداء والانتها ٥١٧ اذا خرب الوقف ٥١٩ بيع الوقف
٥٢٠ البناء والغرس في المسجد - حصر المسجد ٥٢١ جناية الوقف
٥٢٢ تزويج الأمة الموقوفة ووطؤها ٥٢٣ العبد الموقوف - الزكاة في الموقوف
٥٢٤ الوقف على القبيلة ٥٢٤ وقف مالا ينتفع به الا بالاتلاف
٥٢٦ ما يصح فيه الوقف ٥٢٧ وقف المشاع
٥٢٧ الوقف على مغروف أو بر ٥٢٩ الوقف على من لا يملك
٥٢٩ الوقف على أهل الذمة - الناظر من شرطه الواقف
٥٣٠ نفقة الوقف

١ (كتاب الهبة والعطية)

- ٥٣١ الهبة فيما بقال أو يوزن ٥٣٢ الواهب بالخيار قبل القبض
٥٣٣ إن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض
٥٣٤ كيف يصح بغير قبض ٥٣٦ هبة المشاع
٥٣٧ القبض والشروط في الهبة - هبة المجهول
٥٣٨ تعليق الهبة بشرط - هبة الدين

- ٥٣٩ البرامة من المجهول
 ٥٤٢ الهبة من الصبي
 ٥٤٦ التسوية بين الأقارب
 ٥٥٢ الفاظ الرجوع
 ٥٥٤ تقسيم المال
 ٥٥٦ مطالبة الابن أباه
 ٥٥٨ الأخذ من مال الغير — الواهب والمهدى والرجوع فيما وهب أو أهدى
 ٥٦٠ الرجوع في الصدقة — الهبة المطلقة
 ٥٦١ العمرى
 ٥٦٤ الرقبى
 ٥٦٥ السكنى له عمرة
 ٥٦٦ الهبة والبيع الفاسدان

شكر واجب

لا يفوتنا أن نقدم وافر الشكر الى صديقنا الدكتور محمد صادق فقد تفضل وأعارنا نسخته الخاصة من (المغنى - طبعه أولى) فقد انتفعنا بها كثيرا في المقابلة عليها أثناء هذه الطبعه ، ولولا نسخته لخرجت طبعتنا هذه مشوهه ، حيث إتنا نطبعها عن الطبعه الثانيه ، وهى طبعه رديته كثيرة الغلط

فجزاه الله عن العلم والعلماء أحسن الجزاء ؟

الناشر : ذكرى علي يوسف

المعنى

أوسع ما ظهر في الفقه الإسلامي مع الترجيح بين الأقوال بالدليل

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الحرقى

بتصحيح الدكتور

محمد خليل هرايس

المدرس بكلية أصول الدين

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ، قال الخليل بن أحمد : اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة ، واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة الذي يهزأ به ، وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضاً .

والأصل في اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال : سئل رسول الله (ص) عن لقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكأها وعفاسها ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنقها ولنكن ودبعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه ، وسأله عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها : وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ، متفق عليه ، والوكاء الحيط الذي يشد به المال في الخرقه والعفاس الوعاء الذي هي فيه من خرقه أو قرطاس أو غيره ، قاله أبو عبيد والأصل في العفاس أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة .

وقوله : معها حذاءها ، يعني خفيها فإنه لقوته وصلابته يجرى بجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لأنها تأخذ فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش ، والضالة اسم الحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها أيضاً الهوامي والهوافي والهوامل .

(فصل) قال إمامنا رحمه الله الأفضل ترك الالتقاط ، وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له ، واختار أبو الخطاب : إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها قال الأفضل أخذها ، وهذا قول الشافعي .

وحكى عنه قول آخر أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات

بعضهم أولياء بعض) فإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ، ومن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة ، وقال مالك إن كان شيئاً له ، أأخذها أحب إلى ويعرفه لأن فيه حفظ مال المسلم عليه ، فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الفرق .

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لها مخالفاً في الصحابة ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر وما ذكره يبطل بالضوال فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكره ، وكذلك ولاية مال اليتام .

« مسألة ، قال (ومن وجد لقطة عرفها سنة في الأسواق وأبواب المساجد) وجعلته أن في التعريف ستة فصول : في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفيته ومن يتولاه ، أما وجوبه ، فإنه واجب على كل ملئقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها ، وقال الشافعي . لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ولأن حفظها لصاحبها إنما يقيد باتصالها إليه وطريقه التعريف ، أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلا كما سيان ، ولأن امساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها إلى موضعها أو القائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لأن بقاءها في مكانها إذا أقرب إلى وصولها إلى صاحبها إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها وإما بأن يجدها من يعرفها ، وأخذها لها يفوت الأمرين فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فإن التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصياتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع .

(الفصل الثاني) في قدر التعريف وذاك سنة ، روى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس ، وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ،

•
وروى عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لأن
أبي بن كعب روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بتعريف مائة الدينار
ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي ما دون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة أيام
إلى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ،
وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام ، وقال إسحاق ما دون الدينار يعرفه
جمعة أو نحوها ، وروى أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده عن يعلى بن أمية قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : من التقط درهما أو جبلا أو شبه ذلك فليعرفه
ثلاثة أيام فإن كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام .

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بعام
واحد ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد
من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كمدة أجل العين : وأما حديث أبي فقد
قال الراوى لا أدرى ثلاثة أعوام أو عام واحد ، قال أبو داود شك الراوى في
ذلك ، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه ، وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى
إذا ثبت هذا فإنه يجب أن تكون هذه السنة تلى الالتقاط وتكون متوالية
في نفسها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتعريفها حين سئل عنها والأمر يقتضى
الفور ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف
عقيب ضياعها متواليا لأن صاحبها في الغالب إنما يتوقعها ويطلبها عقب ضياعها
فيجب تخصيص التعريف به .

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لأن النهار يجمع الناس
وملتقامهم دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والأسبوع أكثر لأن
الطلب فيه أكثر ولا يجب فيها بعد ذلك متواليا ، وقد روى الجوزجاني بإسناده
عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقه فيها
قريب من مائة دينار فجئت بها إلى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم
أمسكها حتى قرن السنة ولا يفد من ركب إلا نشدتها وقلت الذهب بطريق الشام
ثم شأنك بها .

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الأسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت

الذى يجتمعون فيه كأديار الصلوات في المساجد ، وكذلك في مجامع الناس لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحرى مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد لأن المسجد لم يبن لهذا .

وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله إليك فإن المساجد لم تبن لهذا ، وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد .

(الفصل الخامس فيمن يتولاه) وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرعا بذلك والا إن احتاج إلى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، واختار أبو الخطاب أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالأجر على مالكتها ، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لأنه من مؤنة إيصالها إلى صاحبها فكان على مالكتها كأجر مخزنها ورعيها وتحفيظها .

ولنا أن هذا أجر واجب على المعرف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولأنه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ولأنه سبب لملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك إن أعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن جفها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك .

(الفصل السادس) في كيفية التعريف وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنائير أو ثياب ، ونحو ذلك لقول عمر (رض) لواجد الذهب بطريق الشام ، ولا تصفها لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة غير المالك المالك في ذلك ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيع على مالكتها .

(فصل) لم يفرق الخرق بين سير اللقطة وكثيرها ؛ وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير ، الذي لا تتبعه النفس كالثمرة والكسرة والخرق ، وما لا خطر له فإنه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم

لم يفكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له : لو لم تأنها لاتنك ، ورأى النبي صلى الله عليه وسلم تمره فقال : لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لا أكلتها ، ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع به ، وقد روى ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وعائشة ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وليس عن أحمد ، وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح .

وقال مالك وأبو حنيفة : لا يجب تعريف مالا يقطع به السارق ، وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن ما دون ذلك تافه . فلا يجب تعريفه كالسكر والتمر ، والدليل على أنه تافه قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء التافه .

وروى عن علي رضي الله عنه أنه وجد دينارا فتصرف فيه ، وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت : وجدت خاتما من ذهب في طريق مكة فسالت عائشة عنه فقالت تمتعي به ، وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال : رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقه الرجل ينتفع به ، والحبل قد تكون قيمته دراهم .

وعن ابن ماجه بإسناده عن سويد بن غفلة قال : خرجت مع سليمان بن ربيعة وزيد بن صوحان حتى إذا كنا بالعذيب التقطت سوطا ، فقالا لي ألقه فأيت حتى قدمنا المدينة ، أتيت أبي بن كعب ، فذكرت ذلك له فقال : أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة .

ولنا على إبطال تحديده بما ذكروه ، أن حديث زيد بن خالد عام في كل لقطة فيجب إبقاؤه على عمومته إلا ما خرج منه بالدليل ، ولم يرد بما ذكروه نص ولا هو في معنى ما ورد النص به ، ولأن التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس ، وإنما يؤخذ من نص أو إجماع ، وليس فيما ذكروه نص ولا إجماع ، وأما حديث علي فهو ضعيف ، رواه أبو داود وقال : طريقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب : فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة : إما لكونه مضطرا إليه أو غير ذلك .

وحدث عائشة قضية في عين لا يدرى كم قدر الخاتم ، ثم هو قول صحابي ، وكذلك حديث علي ، وهم لا يرون ذلك حجة ، وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح اخذ ما ذكره النبي صلى الله عليه وسلم ، ورخص في اخذه من السوط والعصى والحبل ، وما قيمته كقيمة ذلك ، وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيراط ، ولا يصح تحديده لما ذكرنا .

(فصل)

إذا أخرج التعريف عن الحول الاول مع امكانه أثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به فيه ، والأمر يقتضي الوجوب ، وقال في حديث عياض بن حمار لا تكتم ولا تنيب ، ولأن ذلك وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها ، فإن الظاهر أنه بعد الحول يئأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن أحمد ، لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الاول ، وإن تركه في بعض الحول عرف ببقته ويتخرج أن لا يسقط التعريف لتأخره ، لأنه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ، ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الإتيان به لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، فعلى هذا أن آخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقیته وأتمه من الحول الثاني ، وعلى كلا القولين ، لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول ، لأن شرط الملك التعريف في الحول الاول ولم يوجد ، وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبداً ؟ على روايتين ، ويحتمل أن يلزمه دفعها إلى الحاكم كقولنا فيما إذا التقط فيما لا يجوز التقاطه ، ولو ترك التعريف في بعض الحول الاول لم يملكها أيضاً بالتعريف فيما بعده لأن الشرط لم يكمل ، وعدم بعض الشرط كعدم جميعه ، كما لو أدخل بعض الطهارة أو بعض السترة في الصلاة .

(فصل) وإن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه مثل أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان :
أحدهما : أن حكمه حكم ما لو تركه مع امكانه ، لأن تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينتفي لا تنفاه سببه سواء اتنى لعذر أو غير عذر .

والثاني : أنه يعرفه في الحول الثاني ويملكه ، لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت امكانه فأشبهه ما لو عرفه في الحول الاول .

« مسألة ، قال (فإن جاء ربها والا كانت كسائر ماله)

وجملته أنه اذا عرف اللقطة حولاً فلم تعرف ملكها . لانتقائها وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط أو فقيراً ، وروى نحو ذلك عن عمرو وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وروى ذلك عن علي وابن عباس والشمسي والنخعي وطاوس وعكرمة ، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي يتصدق بها ، فإذا جاء صاحبها خيره بين الاجر والغرم ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولاً ، وروى « ثلاثة أحوال ، فإن جاء ربها والا تصدق بها ، فإذا جاء ربها فرضى بالاجر والا غرمها ، ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ، ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها : قالوا وليس له أن يملكها الا أن أبا حنيفة قال له ذلك ان كان فقيراً من غير ذوى القربى ، لما روى عياض بن حمار المجاشعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب ، فإن وجد صاحبها فليرددها عليه ، والا فهي مال الله يؤتية من يشاء ، رواه النسائي ، قالوا وما يضاف الى الله تعالى ، إنما يملكه من يستحق الصدقة ، ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول ، وأنكره الحلال وقال ليس هذا مذهباً لأحمد .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فإن لم تعرف فاستنفقها ، وفي لفظ « والا فهي كسبيل مالك ، وفي لفظ « ثم كلها ، وفي لفظ « فانتفع بها ، وفي لفظ « فشانك بها ، وفي حديث أبي ابن كعب « فاستنفقها ، وفي لفظ « فاستمتع بها ، وهو حديث صحيح ، ولأن من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير ، ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير ، وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يوثق به ، ودعواهم في حديث عياض

أن ما يضاف الى الله ، لا يملكه الا من يستحق الصدقة لا برهان لها ، ولا دليل عليها وبطلانها ظاهر ، فإن الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقاً وملكاً ، قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) .

(فصل) وتدخل النقطة في ملكه عند تمام التعريف حكماً كالميراث ، هذا ظاهر كلام الحرقي لقوله : والا كانت كسائر ماله ، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة اذا جاء صاحبها والا كانت كسائر ماله ، واختار أبو الخطاب أنها لا تدخل في ملكه حتى يختار : واختلف أصحاب الشافعي : فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية ، ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت تملكها ، ومنهم من قال لا يملكها الا بقوله والتصرف فيها ، لان هذا تملك بعوض فلم يحصل الا باختيار المملك كالشراء .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، فاذا جاء صاحبها والا فهي كسبيل مالك ، وقوله ، فاستنفقها ، ولو وقف ملكها على تملكها لبيته له ، ولم يجوز له التصرف قبله وفي لفظ ، فهي لك ، وفي لفظ ، كلها ، وهذه الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ، ولان الالتقاط والتعريف سبب للملك ، فاذا تم وجب أن يثبت به الملك حكماً كالأحياء والاصطياد ، ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ، ولا اختياره كسائر الاسباب : وذلك لان المكلف ليس اليه الا مباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف : وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه

(فصل) فان التقطها اثنان فعرفاها حولاً ملكها جميعاً ، وان قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختر أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر ، وان رأياها معاً ، فبادر أحدهما فأخذها ، أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لأخذها لان استحقاق النقطة بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد ، وان قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها ، نظرت في نيته فان أخذها لنفسه فهي له دون الأمر وان أخذها للأمر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له .

(فصل) وتملك النقطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها ، ويضمن له بدلها

إن تعذر ردها والظاهر أنه يملكها بغير عوض ثبت في ذمته ، وإنما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم لا يملكها إلا بعوض ثبت في ذمته لصاحبها ، وهذا قول القاضى وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبهه القرض .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم فإن جاء صاحبها والا فهي مال الله يؤتبه من يشاء ، فجعلها من المباحات ، ولأنه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ولا يلزمه أن يوصى به ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه ، وقال القاضى يمنع ذلك وجوب الزكاة ، ولأنه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها ولو وقف ملكها على رضاه بالمعاوضة واختياره لأحدهما كالقرض والامر بخلاف ذلك وإنما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلفها فإنها لو كانت موجودة لأخذها ولم يستحق لها بدلا : وإن كانت تالفة تجدد له ملك المطالبة يدها كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما يتجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوما وهذا أشبه بمسألتنا وبه يبطل ما ذكروه ، وأما القرض فإنه لما ثبت بدله في الذمة لم يعد الملك له في القرض إلا برضاء المقرض واختياره .

فصل

وكل ما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثمانا كانت أو غيرها . هذا كلام الحرقى فإن لفظه عام في كل لفظ . وقد نقل ذلك عن أحمد فإن محمد بن الحكم روى عنه في الصياد يقع في شصه الكيس أو النحاس يعرفه سنة فإن جاء صاحبه والا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس ، وقال الشريف بن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الأثمان ؟ على روايتين أظهرهما أنها كالأثمان ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأثمان والعروض في ذلك ، وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف ، قال القاضى نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيها يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبدا ،

وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يحجى صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها على روايتين ، وقال الخلال كل من روى عن أحد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي نقل أنه يعرف أبدا قول قديم رجع عنه ، واحتجوا بما روى عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لقطة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالإبل ، ولأن الخبر ورد في الاثنان ، وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فثلثا يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها .

ولنا عموم الاحاديث في اللقطة جميعها فان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : عرفها سنة - ثم قال في آخره - فانتفع بها أو فشأنك بها ، وفي حديث عياض بن حمار : من وجد لقطة ، وهو لفظ عام ، وروى الجوزجاني والاثم في كتابيهما قالا حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟ فقال : عرفه سنة فان جاء صاحبه والا فشأنك به ، وروى أن سفيان بن عبد الله وجد عينة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فإن عرفت والا فهي لك ، زاد الجوزجاني فلم تعرف فلقبه العام المقبل فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ورواه النسائي أيضا : وهذا نص في غير الاثنان ، وروى الجوزجاني بإسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة اذ جاءه رجل فقال انى وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامنا متى جاءك صاحبه دفعت اليه ثمنه وان لم يحجى له طالب فهو لك ان شئت ، ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالاثمان ، وما حكوه عن الصحابة ان صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافة ، وقولهم انها لقطة لا تملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالاثمان ولا يصح قياسها على الإبل لان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يأتيا ربها ولا يوجد ذلك في غيرها ، ولان الإبل لا يجوز التقاطها فلا تملك به وههنا يجوز التقاطها فتملك به كالاثمان ، ثم اذا لم تملك في الحرم

لا تملك في الحل ؟ وذلك لأن الحرم ميز بكون لقطته لا يلتقطها إلا منشد ولهذا لم تملك الأئمان بالتقاطها فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانع فيه ، وقولهم إن النص خاص في الأئمان ، قلنا بل هو عام في كل لقطه فيجب العمل بعمومه . وإن ورد فيها نص خاص فقد روى خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصاً خاصاً في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأئمان .

ثم لو اختص الخبر بالأئمان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وهما قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه . أو نقول إن المعنى هنا أكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه بيانه أن الأئمان لا تتلف بمضى الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبدأ والعروض تتلف بذلك في النداء عليها دائماً هلاكها وضياغ ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها وملسكها بعد التعريف حفظاً لماليتها على صاحبها يدفع قيمتها إليه وتقع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه ولأن في إثبات الملك فيها حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة إلى الملك المقصود للأدنى وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل إليه فيؤدي إلى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضييع ، وما ذكرناه في الفرق ملغى بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الأصل والفرع والله أعلم ، ثم قلب دليلهم فنقول لقطه لا تملك في الحرم فما أبيع التقاطه منها ملك إذا كان في الحل كالإبل .

فصل

وظاهر كلام أحمد والخرق أن لقطه الحل والحرم سواء ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة ، وروى عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز التقاط لقطه الحرم للتملك وإنما يجوز حفظها لصاحبها فإن التقطها عرفها أبدأ حتى يأتي صاحبها ، وهو قول عبدالرحمن بن مهدي وأبي عبيد وعن الشافعي كاللذمين والحجة لهذا القول قول النبي صلى الله عليه وسلم في مكة ، لا تحمل ساقطتها إلا لمنشد ، متفق عليه .

وقال أبو عبيد : المنشد المعروف والناشد الطالب وينشد : اصاخة الناشد
للمنشد ، فيكون معناه لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها لأنها خصت بهذا من سائر
البلدان : وروى يعقوب بن شيبه في مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي أن
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لقطة الحاج ، قال ابن وهب يعني يتركها حتى
يجدها صاحبها . رواه أبو داود أيضا .

ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث وأنه أحد الحرمين فأشبهه حرم المدينة
ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة : وقول النبي صلى الله عليه
وسلم : إلا للمنشد ، يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لنا كدها
لا لتخصيصها كقوله عليه السلام : ضالة المسلم حرق النار ، وضالة الذي مقبسة عليها
(فصل) إذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما
ولا يحل له أخذها بهذه النية فإذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير
تفريط ولا يملكها وإن عرفها لأنه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه فأشبهه
الغاصب . نص على هذا أحمد

ويحتمل أن يملكها لأن ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجد فيملكها به
كالاصطياد والاحتشاش فإنه لو دخل حائطا لغيره بغير إذنه فاحتش أو اصطاد منه
صيدا ملكه وإن كان دخوله محرما كذا هنا ولأن عموم النص يتناول هذا الملتقط
فيثبت حكمه فيه ولا تناقض اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لا فرق الحال بين العدل
والفاسق والصبي والسفيه لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف

، مسألة ، قال (وحفظ وكأها وعفاصها وحفظ عددها وصفها)

الأصل في هذا قول النبي (ص) في حديث زيد بن خالد ، أعرف وكأها
وعفاصها ، وقال في حديث أبي بن كعب ، أعرف عفاصها ووكأها وعددها ثم
عرفها سنة ، وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي
صلى الله عليه وسلم فقال : عرفها حولا ، فعرفتها حولا فلم تعرف فرجعت إليه فقال
: أعرف عدتها ووعاءها ووكأها واخلطها بمالك فإن جاء ربها فأدها إليه .

ففي هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها

حين التقاطها قبل التعريف وهو الأولى ليحصل عنده علم ذلك ، فإذا جاء صاحبها فذمها غلب على ظنه صدقه فيجوز الدفع إليه حينئذ ، وإن أخر معرفة ذلك إلى حين يحىء باغيا جاز لأن المقصود يحصل بعرفتها حينئذ وإن لم يحىء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يحز له حتى يعرف صفاتها لأن عينها تنعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها .

وكذلك إن خلطها بماله على وجه لا تميز منه فيكون أمر النبي صلى الله عليه وسلم لأبي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر إيجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجبا موسعا والله أعلم .

قال القاضي : ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها ، وإن كانت ثيابا عرف لفاتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل وبالوزن أو بالعدد أو النزع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشودة أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه

(فصل) ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد رحمه الله لا أحب أن يمسا حتى يشهد عليها ، فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها لقول رسول الله (ص) : من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل ، وهذا أمر يقتضى الوجوب ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه .

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فإنه أمرهما بالتعريف دون الأشهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجبا لينه النبي صلى الله عليه وسلم سيما وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتين حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولأنه أخذ أمانة فلم يفتقر إلى الأشهاد كالوديعة .

والمعنى الذى ذكره غير صحيح فإنه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وقائدة الأشهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكنتمها وحفظها من ورثته إن مات ومن غرمائه إن أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها لئلا ينتشر ذلك فيذهبها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود

ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع ، قال أحد في رواية صالح وقد سأله إذا شهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا : ولكن يقول قد أصبت لقطة ، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها أن اقتصر على حفظها بقلبه فإن الإنسان عرضة للنسيان .

« مسألة ، قال (فإن جاء ربه فوصفها له دفعت إليه بلا بينة) »

يعنى إذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها إليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك إلا بينة ولا يجوز له دفعها إليه إذا غلب على ظنه صدقه ، قال أصحاب الرأي إن شاء دفعها إليه وأخذ كفيلا بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى ، ولأن صفة المدعى لا يستحق بها كالمغصوب .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها إليه ، قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه أقول رواه ابن القصار ، فإن جاء باغيها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه وفي حديث زيد الذي ذكرناه « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها وإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه يعنى إذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطا للدفع لم يجز الإخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولأن إقامة البينة على اللقطة تعذر لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبداً وهذا بقوت مقصود الالتقاط ويفضى إلى تضييع أموال الناس ، وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقينا واتعاباً لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها ، وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً ، وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه .

وقول النبي (ص) «البينة على المدعى» ، يعني إذا كان ثم منكر أقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ، ولا منكر هنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بينة مدعى اللقطة ، وصفها فإذا وصفها فقد أقام بينته ، وقياس اللقطة على المنصوب غير صحيح فإن النزاع ثم في كونه منصوبا ، والأصل عدمه وقول المنكر بعارض دعواه فاحتيج إلى البينة، وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وإن له صاحبا غير من هو في يده ولا مدعى له إلا الواصف وقد ترجع صدقه فينبغي أن يدفع إليه .

(فصل) فإن وصفها اثنان أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه ، وهكذا إن أقاما ينتين أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت إليه ذكره القاضي .

وقال أبو الخطاب : تقسم بينهما لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما ، والذي قلنا أصح وأشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولأنهما تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البينة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا ودبعة في يد إنسان فقال هي لأحدهما لا أعرفه عينا وقارق ما إذا كانت في أيديهما لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجع قوله فيه ، وإن وصفها إنسان فأقام آخر البينة أنها له فهي لصاحب البينة لأنها أقوى من الوصف فإن كان الواصف قد أخذها انتزعت منه وردت إلى صاحب البينة لأننا تبينا أنها له ، فإن كان قد هلك فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف أو الدافع إليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويخرج أن لا يلزم الملتقط شيء ، وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لأنه فعل ما أمر به لأنه أمين غير مفرط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولأن الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرها .

ولنا أنه دفع مال غيره إلى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة إلى غير مالئها إذا غلب على ظنه أنه مالئها ، فأما أن دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها

غاصب ، ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد ، لأن العدوان منه والتلف عنده ، فإن ضمن الدافع رجع على الواصف لأنه كان سبب تغريمه ، إلا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف أنه صاحبها ومالكها فإنه لا يرجع عليه لأنه اعترف أنه صاحبها ومستحقها ، وأن صاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وإن كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه إياها رجع على الواصف بما غرمه ، وليس للمالكها تضمين الواصف ، لأن الذي قبضه إنما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة ، بخلاف ما إذا سلم العين ، فأما أن وصفها إنسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاه لم يستحق شيئا ، لأن الأول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه ، فوجب إبقاؤها له كسائر ماله .

(فصل) ولو جاء مدع للقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجوز دفعها إليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه ، لأنها أمانة فلم يجوز دفعها إلى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة ، فإن دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الواصف غرامتها له لأنه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لأنه أخذ مال غيره ، ولصاحبها تضمين أخذها ، فإذا ضمنه لم يرجع على أحد ، وإن لم يأت أحد يدعيها فالملتقط مطالبة أخذها بها لأنه لا يأمن من بجىء صاحبها فيغرمه إياها ، ولأنها أمانة في يده فملك أخذها من غاصبها كالوديعة

مسألة ، قال (أو مثلها ان كانت قد استهلك)

وجملة ذلك أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط ان تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ، ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها تمام ملكه : وإن ألتفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها ان كانت من ذوات الامثال وقيمتها ان لم يكن لها مثل ، لا أعلم في هذا خلافا ، وإن تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال ، لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله ، وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط ، وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرش نقصها ، لأن جميعها مضمون اذا تلفت

فكذلك اذا نقصت . وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكها لها بمضى حول التعريف : وأما من قال لا يملكها حتى يملكها لم يضمنه اياها حتى يملكها وحكمها قبل تملكها اياها حكمها قبل مضى حول التعريف . ومن قال لا تملك اللقطة بحال لم يضمنه اياها ، وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف ، قالوا لا يضمن وان ضاعت بعد الحول ، وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه . وقال داود : اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها

وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أنه لوح الى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتبه من يشاء ، لجعله مباحا . وقوله في حديث أبي بن كعب : فان جاء من يعرفها والا فهي كسبيل مالك . وفي حديث زيد : فان جاء صاحبها والا فشأنك بها ، وروى فهي لك ولم يأمره برد بدلها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فان لم تعرف فاستنقها ولتكن وديعة عندك ، فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه ، وقال الا ترم . قال احمد : اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ، ولم يروه أحد مثل ما رواه ، ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أتفقها ردها اليه ، لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول : ولأنه مال معصوم فلم يجوز اسقاط حقه منه مطلقا ، كما لو اضطر الى مال غيره ، وان وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لأنها تتبع في الرد بالعيب والإقالة فتبعت ههنا ، وان حدث بعد الحول لها ثناء منفصل فهو لللتقط لأنه ثناء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ : فكان له ثناء المبيع اذا رد بعيب

وذكر أبو الخطاب فيه وجهاً آخر بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة ، والولد اذا استرجع أبوه ما وهب له بعد زيادته ، والصحيح أن الزيادة للمتقط لما ذكرناه ، وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت في ملكه ، ثم الفرق بينهما أنه في مسألتنا يضمن النقص فيكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان ، وثم لا ضمان عليه فأمكن

أن لا يكون المخرج له والله أعلم ، ومتى اختلفا في القيمة أو المثل قال قول قول الملتقط مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته بما حلف عليه .

(فصل) وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لأن تصرف الملتقط وقع صحيحا لكونها صارت في ملكه وإن صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لأنه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قدرجع إلى المرأة وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى .

(فصل)

إذا أخذ اللقطة ثم ردها إلى موضعها ضمنها ، روى ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي ، وقال مالك لا ضمان عليه لما روى الأثرم عن القعني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته : ولما روى عن جرير بن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت .

ولنا أنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة ولأنها لما حصلت في يده لزمه حفظها ، وتركها تضييعها ، فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا تحل ، فأما ما لا يحل التقاطه إذا أخذه فيحتمل أن له رده إلى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار : ولأنه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ، ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فإنه دخل في ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده إلى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه ، فعلى هذا لا يبرأ إلا برده إلى الإمام أو نائبه ، وأما عمر فهو كان الإمام فإذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لأنه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره .

(فصل) وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة في يده فأشبهت الوديعة فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حق التناول وولاية التعريف والحفظ . فلا يزول ذلك

بالضبايع فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها لان الملك مقدم على حق التملك واذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرض . وان علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى أخذها : وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضا لان الاول ترك حقه فسقط وان قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستتيب له في التعريف ويملكها الاول لانه وكه في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وان قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضا وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكه في الباقي ، وان قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين .

أحدهما : يملكها : لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه .

والثاني : لا يملكها لان ولاية التعريف الأول أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلم بها ، ويشبه هذا المتحجر في الموات اذا سبقه غيره الى ما حجره فأحياه بغير اذنه . فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحداً لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا ما اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف .

(فصل) ومن اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهي للصيد لان الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) فتكون لأخذها ، فان باعها الصيد ولم يعلم فوجدتها المشتري في بطنها فهي للصيد نص عليه أحد ، لانه اذا لم يعلم ما في بطنها فلم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم يدخل في البيع كمن باع داراً له مال مدفون فيها ، وان وجد في بطنها عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصيد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة ، وان وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لان ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون الا لأدى فيكون لقطة كما لو وجدته في البحر ، وكذلك الحكم في الدرة اذا كان فيها أثر لأدى مثل أن تكون مثقوبة

أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرها فأنها تكون لقطة لا يملكها الصياد لأنها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار .

وكذلك الحكم في العنبرة إذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالنفاحه مثقوبة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر فهي لقطة ، وإن وجدها الصياد فعليه تعريفها لأنه ملتقطها ، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لأنه واجدها ولا حاجة إلى البداية بالبائع فأنه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتاعت ذلك بعد اصطادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره .

فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لأنه يحتمل أن تكون ابتلعها في ملكه فيبدأ به كقولنا في مشتري الدار إذا وجد فيها مالا مدفونا ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة ، درة كانت أو غيرها لأن ذلك لا يكون إلا في البحر بحكم العادة ، ويحتمل أن تكون الدرة للصياد لقول الله تعالى (ومن كل ثاك لون لحاظريا وتستخرجون حلية تلبسونها) (فصل) وإن وجد عنبرة على ساحل البحر فهي له لأنه يمكن أن يكون البحر ألقاها والاصل عدم الملك فيها فكانت مباحة لأخذها كالصيد ، وقد روى سعيد قال حدثنا اسماعيل بن عياش عن معاوية بن عمرو العبدى قال ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز فكتب إلينا أن نخذوا منها الخمس وأدفعوا إليهم سائرها ، وإن باعوكوها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها باثنين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها إليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها إلى عمر ابن عبد العزيز فلم يلبث إلا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار .

(فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه حرز أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لأن ذلك دليل على أنه كان مملوكا ، وقال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فإن السمكة للذي حازها والشبكة يعرفها ويدفعها إلى صاحبها ، فجعل الشبكة لقطة لأنها مملوكة لأدمى والسمكة لمن صادها لأنها كانت

مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فبقيت على الإباحة ، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقه فيه صيد من عبود البر فأخذه وذهب به وصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الالة إلى صاحبها فهي لقطة يعرفها .

وقال أحمد في رجل انتهى إلى شرك فيه حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت فخاصه وذبحه هو لصاحب الأحبولة وما كان من الصيد في الأحبولة فهو لمن نصبها ، وإن كان بلزيا أو صقرا أو عقابا ، وسئل عن بازى أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومرت في الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال يردده على صاحبه ، قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يردده على صاحبه ، لجعل هذا لصاحبه لأنه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه

والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ما وقع في الحبولة من البازى والصقر والعقاب لصاحب الحبولة ولم يجعله هنا لمن وقع في شركه لأن هذا فيما علم أنه قد كان مملوكا لإنسان فذهب وإنما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه مثل وجود السير في رجله وأثار التعلم مثل استجابته للذى يدعوه ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لأن الأصل عدم الملك فيه وإباحته .

(فصل) ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك ، قال أبو عبد الله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها لم يأخذها فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها إنما قال ذلك لأن سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكتها معاوضة تقتضى زوال ملكه عن ثيابه فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة ، ويحتمل أن ينظر في هذا فإن كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروكة وكانت مما لا تشبهه على الأخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لأن التعريف إنما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه ، وتارك هذا عالم به راض ببده عوضا عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل في تعريفه فائدة فإذا هو ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه ، أحدها : أنه يتصدق به على ما ذكرنا .

الثاني : أن يباح له أخذها لأن صاحبها في الظاهر تركها له باذلاً إياها له عوضاً عما أخذه فصار كالمبيع له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنساناً على أخذ ثوبه ودفع إليه درهما .

الثالث : أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله ، والوجه الثاني أقرب إلى الفرق بالناس لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بمحصل عوض عنها ونفعاً للشارق بالتخفيف عنه من الأثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على إنسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهذا مع رضاه من عليه الحق بأخذه أولى ، وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الأخذ للثياب إنما أخذها ظناً منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها وهي ما تشبه بها فينبغي أن يعرفها هنا لأن صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة في المعنى وبعد التعريف إذا لم تعرف فقيها الوجه التي ذكرناها إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لا يزيد عليها لأن الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضى بالمعاوضة بها ، وإذا قلنا أنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي والله أعلم .

فصل

قال أحمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فإن جاء صاحبها غرمها له ، وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن الرهن بها فأما من لم يستوف دينه فإن كان قد أذن له في بيعها باعها واستوفى دينه من ثمنها وتصدق بالباقي وإن لم يكن أذن له في بيعها ورفعه إلى الحاكم ليبيعها ويقبضه حقه من ثمنها ويتصدق بباقيه .

(فصل) نقل الفضل بن زياد عن أحمد إذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل واحد منها أنا دفنته ، بين كل واحد منها ما الذي دفن

فكل من أصاب الوصف فهو له ، وذلك لأن ما يوجد في الأرض من الدفن مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة ، واللقطة تستحق بوصفها ولأن المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان أحق به ، كما لو تنازعه أجنبيان فوصفه أحدهما .

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فإن كان في الجيش فقال أحد يعرفها سنة في دار الاسلام ثم يطرحها في المقسم إنما عرفها في دار الاسلام لأن أموال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ، ومعناه والله أعلم يتم التعريف في دار الاسلام ، فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه ، لأنه يحتمل أن تكون لأحدهم ، فإذا قفل أتم التعريف في دار الاسلام ، فأما إن كان دخل دارهم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارهم لأن أموالهم محرمة عليه ، فإذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام ، وإن كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً ، وإن دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لأن أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمة ، ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف لأن الظاهر أنها من أموالهم ، وأموالهم غنيمة

« مسألة ، قال (وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها)

وجه ذلك أن الملتقط إذا مات واللقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ويملكها بعد إتمام التعريف ، فإن مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت ، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث ، فإن كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، أو بقيمتها إن لم تكن كذلك ، فيأخذ ذلك من تركته إن اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها ، سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لأنها قد دخلت في ملكه بمضى الحول وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها

لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه فلم يضمها كالوديعة . وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأى من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها ، وقد مضى الكلام في ذلك .

فأما ان لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الحرقى أن صاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده لأن الاصل بقاؤها : ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها ، لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها ، ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا تشغل ذمته بالشك ، ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت أمانة عنده ولم تعلم جنايته فيها ، والاصل براءة ذمته منها ، وان مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه

فإن قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو صبه لم يكن له الا بدلها ، فلم قلتم انها اذا انتقلت الى الوارث بملك صاحبها أخذها ؟ قلنا لأن الوارث خليفة الموروث ، وانما ثبت له الملك فيها على الوجه الذى كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعاة مشروطاً بعدم مجيء صاحبها ، فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمنتب فإنها يملكها ملكاً مستقراً .

مسألة ، قال (وان كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه ان كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والابق وغيرهما جائزة . وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، والاصل في ذلك قول الله عز وجل (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)

وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقرؤهم ، فبينما هم كذلك اذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرؤنا فلا نفعل حتى نجعلوا لنا جعلاً ، فجعلوا لهم قطيع شياه لجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبراً الرجل ، فاتوهم بالشاء فقالوا لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسألوا النبي (ص)

فقال ، وما أدراك أنها رقبه ؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم ، رواه البخاري ،
ولأن الحاجة تدعو الى ذلك ، فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الأبق والضالة
ونحو ذلك ولا تنعقد الاجارة فيه ، والحاجة داعية الى ردها ، وقد لا يجد من
يتبرع به فدعت الحاجة الى اباحة بذل الجمل فيه مع جهالة العمل لأنها غير لازمة
بمخلاف الاجارة ، ألا ترى أن الاجارة لما كانت لازمة افتقرت الى تقدير مدة ،
والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ، ولأن الجائزة لكل واحد
منهما تركها فلا يؤدي الى أن يلزمه مجهول عنده بمخلاف اللازمة

إذا ثبت هذا : فإذا قال : من رد علي ضالتي أو عبدى الأبق أو غاط لي هذا
القميص أو بنى لي هذا الحائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد
منها الرجوع فيه قبل حصول العمل ، لكن ان رجع الجاعل قبل التلبس بالعمل
فلا شيء عليه . وان رجع بعد التلبس به فعليه للعامل أجره مثله ، لأنه انما عمل
بعوض فلم يسلم له ، وان فسخ العامل قبل اتمام العمل فلا شيء له لأنه أسقط حق
نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض ويصير كعامل المضاربة ، وإذا فسخ قبل
ظهور الربح ، ولا بد أن يكون العوض معلوماً والفرق بينه وبين العمل من وجهين
أحدهما : أن الحاجة تدعو الى كون العمل مجهولاً بأن لا يعلم موضع الضالة
والأبق ، ولا حاجة الى جهالة العوض

والثاني : أن العمل لا يصير لازماً فلم يجب كونه معلوماً والعوض يصير لازماً
بإتمام العمل فوجب كونه معلوماً ، ويحتمل أن يجوز الجمالة مع جهالة العوض اذا
كانت الجهالة لا تمنع التسليم ، نحو أن يقول : من رد عبدى الأبق فله نصفه ،
ومن رد ضالتي فله ثلثها ، فإن أحمد قال : اذا قال الأمير في الغزو من جاء بعشرة
رموس فله رأس جاز

وقالوا : اذا حمل جعلاً لم يده على قلعة أو طريق سهل ، وكان الجمل من
مال الكفار جاز أن يكون مجهولاً ، كجارية يمينها العامل ، فتخرج منها مثله ،
فأما ان كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجمالة وجهاً واحداً : وان كان العمل
معلوماً ، مثل أن يقول : من رد عبدى من البصرة أو بنى لي هذا الحائط أو غاط
قميصي هذا فله كذا صح ، لأنه اذا صح مع الجهالة فع العلم أولى ، وان علقه بمدة

معلومة فقال . من رد لي عبدي من العراق الى شهر فله دينار ، أو من خاط قيصى هذا في اليوم فله درهم صح ، لان المدة اذا جازت بجهولة فمع التقدير أولى ، فإن قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الاجارة فكيف — أجزتموه في الجعالة ، قلنا الفرق بينهما من وجوه :

أحدها أن الجعالة يحتمل فيها الغرر وتجاوز جهالة العمل والمدة بخلاف الاجارة الثاني أن الجعالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر ، بخلاف الاجارة فإنها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك

الثالث : ان الاجارة اذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة ، فان قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه ، وان قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل : فان انقضت المدة قبل عمله فالزمناه اتمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها ، وان قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسألتنا ، فان العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ان أتى به فيها استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر ، وان لم يَفْ به فيها فلا شيء له . اذا ثبت هذا فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك ، لانه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل : كالاجر في الاجارة

(فصل) ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد بعينه فيقول له : ان رددت عبدي فلك دينار فلا يستحق الجعل من يرده سواه ، ويجوز أن يجعله لغير معين ، فيقول من رد عبدي فله دينار فمن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لواحد في رده شيئا معلوما ولاخر أكثر منه أو أقل ، ويجوز أن يجعل للتعين عوضا ولسائر الناس عوضا آخر ، لانه يجوز أن يكون الاجر في الاجارة مختلفا مع التساوي في العمل فهنا أولى ، فان قال : من رد لقطتي فله دينار فردها ثلاثة فلم الدينار بينهم أثلاثا لانهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض فاشتركوا في العوض كالاجر في الاجارة ، فان قيل : أليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينارا كاملا فلم لا يكون ههنا كذلك ؟

قلنا لأن كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا كدخول المنفرد فاستحق العوض كاملا ، وههنا لم يردده واحد منهم كاملا ، إنما اشتركوا فيه فاشتركوا في عوضه : فنظير مسألة الدخول مالو قال : من رد عبدا من عبيدى فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً ، ونظير مسألة الرد مالو قال من نقب السور فله دينار فنقب ثلاثة نقبا واحداً ، فإن جعل لواحد في ردها ديناراً والآخر دينارين وثالث ثلاثة فردته الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فإن جعل لواحد ديناراً والآخرين عوضاً مجهولاً فردوه معاً فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما ، وإن جعل لواحد شيئاً في ردها ، فردها هو وآخران معه وقالوا رددنا معاونة له ، استحق جميع الجعل ولا شيء لهما ، وإن قالوا رددناه لتأخذ العوض لأنفسنا فلا شيء لهما وله ثلث الجعل ، لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجعل ولم يستحق الآخران شيئاً لأنها عملاً من غير جعل ، وهذا كله مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافاً

(فصل) وإن قال : من رد عبيدى من بلد كذا فله دينار ، فردده انسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجعل لأنه عمل نصف العمل ، وكذلك لو قال من رد عبيدى فله دينار فرد أحدهما فله نصف الدينار لأنه رد نصف العبدين ، وإن رد العبد من غير البلد المسمى فلا شيء له . لأنه لم يجعل في رده منه شيئاً فأشبهه مالو جعل في رد أحد عبيديه شيئاً فرد الآخر ، ولو قال من رد عبيدى فله دينار فردده انسان الى نصف الطريق فهرب منه لم يستحق شيئاً ، لأنه شرط الجعل برده ولم يردده ، وكذلك لو مات . كما لو استأجر لحياطة ثوب فخاطه ولم يسلمه حتى تلف لم يستحق أجره ، فإن قيل : فإن كان الجاعل قال من وجد لقطتى فله دينار فقد وجد الوجدان ؟ قلنا قرينة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد لا الوجدان المجرد ، وإنما اكتفى بذكر الوجدان لأنه سبب الرد ، فصار كأنه قال : من وجد لقطتى فردها على .

(فصل) والجمالة تساوى الإجارة في اعتبار العلم بالعوض ، وما كان عوضاً في الإجارة جاز أن يكون عوضاً في الجمالة وما لا فلا ، وفي أن ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الاعمال جاز أخذه عليه في الجمالة ، وما لا يجوز أخذ الإجارة

عليه في الإجارة مثل الغناء والزمير وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجعل عليه فإن كان مما يتعدى نفعه كالآذان والإقامة والحج ففيه وجهان كالروايتين في الإجارة ويفارق الإجارة في أنه عقد جائز وهي لازمة وأنه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، فعلى هذا متى شرط عوضاً مجهولاً كقوله إن رددت عبدي فلك ثوب أو فلك سلبه أو شرط عوضاً محرماً كالخمر والحر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدي فله ثلثه أو من رد عبدي فله أحدهما فردة إنسان استحق أجر المثل لأنه عمل هملاً بعوض لم يسلم له فاستحق أجره كما في الإجارة .

فصل في رد لقطه أو ضالة أو عمل لغيره عملاً غير رد الأبق بغير جعل لم يستحق عوضاً لا تعلم في هذا خلافاً لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة فلا يستحق مع عدمها كالعمل في الإجارة ، فإن اختلفا في الجعل فقال جعلت لي في رد لقطتي كذا فأنكره المالك قال قول قوله مع يمينه لأن الأصل معه ، وإن اتفقا على العوض واختلفا في قدره قال قول المالك لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ولأن القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره كرب المال في المضاربة ، ويحتمل أن يتحالفا كالمبتاعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، والاجر والمستاجر إذا اختلفا في قدر الاجر ، فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل ، وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة فقال جعلت لك الجعل على ردها من حلب فقال بل على ردها من حمص ، وإن اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده فقال رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه قال بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم ترده قال قول المالك لأنه أعلم بشرطه ولأنه ادعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره والأصل عدم الشرط .

(فصل) أما العبد الأبق فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشترط له ، روى هذا عن عمر وعلي وابن مسعود ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأي ، وقد روى عن أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك .

قال ابن منصور سئل أحمد عن جعل الأبق فقال لا أدري قد تكلم الناس فيه ، لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، ن ظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الحرق فإنه قال : وإذا أبق العبد فلن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ، ولم يذكر جملاً ، وهذا قول النخعي والشافعي وابن المنذر ، لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشترط له عوضاً فلم يستحق شيئاً كما لو رد جملة الشارد .

ووجه الرواية الأولى ما روى عمرو بن دينار وابن أبي مليكة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في جعل الأبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً وأيضاً فإنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في زمنهم مخالفاً فكان إجماعاً ، ولأن في شرط الجعل في رد دم حثاً على رد الإباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم ، فينبغي أن يكون مشروعاً لهذه المصلحة ، وبهذا فارق رد الشارد فإنه لا يفضي إلى ذلك .

والرواية الأخرى أقرب إلى المصلحة لأن الأصل عدم الوجوب ، والخبر المروى في هذا مرسل وفيه مقال ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضاً فإنه ليس الظاهر هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم ، فأما على الرواية الأولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل فروى عن أحمد أنه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المصر وإن رده من خارجه ففيه روايتان :

إحداهما : يلزمه دينار أو اثني عشر درهما للخبر المروى فيه ، ولأن ذلك يروى عن عمر وعلى رضي الله عنهما .

والثانية : له أربعون درهما إن رده من خارج المصر : اختارها الحلال وهو قول ابن مسعود وشريح ، فروى أبو عمر الشيباني قال : قلت لعبد الله بن مسعود إنني أصبت عبداً أباقاً ، فقال : لك أجر وغنيمة ، فقلت هذا الأجر فما الغنيمة ؟ قال : من كل رأس أربعين درهما .

وقال أبو إسحاق : أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً ، وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول ، قال الحلال : حديث ابن مسعود أصبح إستاذاً وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال إذا وجدته على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير

وقال أبو حنيفة ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهما وان كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذي تعنى اليه ، ولا فرق عند امامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ان كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهما لثلاث يفوت عليه العبد جميعه . ولنا عموم الدليل . ولأنه جعل يستحق في رد الابن فاستحقه وان زاد على قيمته كما لو جعله له صاحبه ويستحقه ان مات سيده في تركته ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف : ان كان الذي رده من ورثة المولى سقط الجعل . ولنا أن هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالأجر في الإجارة وكما لو كان من غير ورثة المولى .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون من رده معروفا برد الأبق أو لم يكن ، وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال مالك : ان كان معروفا بذلك استحق الجعل والا فلا ، ولنا الخبر والأثر المذكور من غير تفريق ، ولأنه رد آبقا فاستحق الجعل كالمعروف بردهم .

(فصل)

ويجوز أخذ الأبق لمن وجده ، وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها فإذا أخذه فهو أمانة في يده ان تلفت بغير تفريطه فلا ضمان عليه وان وجد صاحبه دفعه اليه اذا أقام به البينة أو اعترف العبد أنه سيده وان لم يجد سيده دفعه الى الامام أو نائبه فيحفظه لصاحبه أو يبيعه ان رأى المصلحة في بيعه ونحو ذلك قال مالك وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا . وليس للنقطة بيعه ولا تملكه بعد تعريفه ، لأن العبد ينحفظ بنفسه فهو كضوال الأبل فإن باعه فالبيع فاسد في قول عامة أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي .

وان باعه الامام لمصلحة رأها في بيعه لجاء سيده فاعترف أنه كان أعتقه قبل منه ، لأنّه لا يجر الى نفسه بهذا نقعا ولا يدفع عنها ضررا ، ويحتمل أن لا يقبل لأنّه ملك لغيره فلا يقبل اقراره في ملك غيره كما لو باعه السيد ثم أقر بهتفه

فعلى هذا ليس لسيدته أخذ ثمنه لأنه يقر أنه حر ولا يستحق ثمنه ولكن يؤخذ إلى بيت المال لأنه لا مستحق له فهو كتركه من مات ولا وارث له فإن عاد السيد فأنكر العتق وطلب المال دفع إليه لأنه مال لا منازع له فيه .

(فصل) وإذا أبق العبد لمحصل في يد حاكم فأقام سيده بينته عند حاكم بلد آخر أن فلانا الذى صفته كذا وكذا واستقصى صفاته عبد فلان بن فلان أبق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم إلى الحاكم الذى عنده العبد ثبت عندى إباق فلان الذى صفته كذا وكذا، قبل كتابه وسلم إليه العبد وهذا قول أبي يوسف وأحد قولى الشافعى إلا أن أبا يوسف قال يأخذه به كفيلا لأن البينة أثبتته بصفاته كما ثبت في الذمه بوصفه في السلم ، وقال أبو حنيفة ومحمد لا يجب تسليمه لأنهم لا يشهدون على عينه وإنما يشهدون بالصفات وقد تنفق الصفات مع اختلاف الأعيان ويخارق المسلم فيه فإن الواجب أقل ما يوجد منه الصفة وهو غير معين .

ولنا أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا هنا . إذا ثبت وجوب تسليمه فإن الحاكم الذى يسلمه يختم في عنقه خيطا ضيقا لا يخرج من رأسه ويدفعه إلى المدعى أو وكيله ليحمله إلى الحاكم الكاتب ليشهد الشهود على عينه فإن شهدوا بعينه سلم إلى مدعيه وإن لم يشهدوا وجب رده إلى الحاكم الأول ويكون في ضمان الذى أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق .

مسألة ، قال (وإن كان النقطها قبل ذلك فردها لعله يجعل لم يحجز له أخذه) إنما كان كذلك لأنه إذا النقطها قبل أن يبلغه الجمل فقد النقطها بغير عوض وعمل في مال غيره بغير جعل جعل فلا يستحق شيئا كما لو النقطها ولم يجعل ربا فيها شيئا وفارق الملتقط بعد بلوغه الجمل فإنه إنما بذل منافعه بعوض جعل له فاستحقه كالأجير إذا عمل بعد العقد وسواء كان النقطها لها بعد الجمل أو قبله لما ذكرنا ولا يستحق أخذ الجمل بردها لأن الرد واجب عليه من غير عوض فلم يحجز أخذ العوض عن الواجب كسائر الواجبات ، وإنما يأخذه الملتقط في موضع يحوز له أخذه عوضا عن الالتقاط المباح . ٣ - ٦ المقني .

إذا ثبت هذا : فان ملتقطها قبل أن يبلغه الجعل لا يستحق شيئاً سواء ردها
لعلة الجعل أو لغيره : لأنه إذا لم يستحقه مع قصده إياه وعمله من أجله فلأن
لا يستحقه مع عدم ذلك أولى ، وإنما ذكر الحرقى ردها لعلة الجعل إن شاء الله
لينبه به على عدم استحقاقه فيما إذا ردها لغير علة ولا أن الحاجة إنما تدعو إلى
معرفة الحكم فيمن يريد الجعل أما من تركه ولا يريده فلا يقع التنازع فيه غالباً
واقه أعلم .

« مسألة ، قال (وان كان الذي وجد اللقطة سفيهاً أو طفلاً قام وليه بتعريفها
فان تمت السنة ضمها إلى مال واجدها) »

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه إذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها
لعموم الأخبار ، ولأن هذا تكسب فصيح منه كالاصطياد والاحتطاب ، وان
تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه ، لأنه أخذ ماله أخذه ، وان تلفت
بتفريطه ضمها في ماله ، وإذا علم بها وليه لزمه أخذها ، لأنه ليس من أهل الحفظ
والأمانة ، فان تركها في يده ضمها لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي ، وهذا
يتعلق به حقه ، فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها ، وإذا أخذها الولي عرفها ، لأن
واجدتها ليس من أهل التعريف ، فاذا انقضت مدة التعريف دخلت في ملك
واجدتها ، لأن سبب الملك تم شرطه فيثبت الملك له ، كما لو اصطاد صيداً ، وهذا
مذهب الشافعي ، إلا أن أصحابه قالوا . إذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي
والمجنون بحيث يستقرض لها يملكها لها والا فلا ، وقال بعضهم يملكها لها
بكل حال لأن الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون يملكه مصلحة له .

ولنا عموم الأخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح النقاط صبي
لا يجوز الاقتراض له ، لأنه يكون تبرعاً بحفظ مال غيره من غير فائدة .

(فصل) قال أحمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط
لقطة ثم كبر ، فان وجد صاحبها دفعها إليه والا تصدق بها ، قد مضى أجل
التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال أجل التعريف ، قال : وقد
كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف إذا لم يجد صاحبها

أيتصدق بما لا الغير ؟ وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف المنتقط اللقطة في حولها ، فإنه لا يملكها ، وإن عرفها فيما بعد ذلك ، لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها ينس منها وترك طلبها ، وهذه المسألة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر كان كتركه لغير عذر ، لكون الصبي من أهل العذر ، وقد ذكرنا في هذا وجهين فيما تقدم .

وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنائير فذهب بها إلى منزله فضاعت ، فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها : وإن لم يجد عشرة وكان يحذف به تصدق قليلاً قليلاً ، قال القاضي : معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي ، وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها .

(فصل) فإذا وجد العبد لقطة فله أخذها بغير إذن سيده ويصح التقاطه ، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يصح التقاطه لأن اللقطة في الحول الأول أمانة ولاية في الثاني تملك ، والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك .

ولنا عموم الخبر ، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه ، فصح من العبد كالاكتساب والاصطياد ، ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر ، وقولهم : إن العبد ليس من أهل الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فإنها أدنى حالا منه في هذا .

وقولهم : إن العبد لا يملك ممنوع ، وإن سلنا ، فإنه يملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب ، ولأن الالتقاط تخليص مال من الهلاك ، فجاز من العبد بغير إذن سيده كإفناذ المال الغريق والمنصوب ، إذا ثبت هذا : فإن التقط العبد لقطة كانت أمانة في يده ، أن تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن ، وأن تلفت بتفريطه أو اتلاف وجب ضمانها في رقبته كسائر جناباته : وإن عرفها صح تعريفه لأن له قولاً صحيحاً فصح تعريفه كالحر ، فإذا تم حول التعريف ملكها سيده ، لأن الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده ، وإن علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لأنها من كسب العبد ، وللسيد انتزاع كسبه من يده ، فإذا انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها ، وإن كان لم يعرفها عرفها سيده حولا كاملاً ، وإن كان العبد

قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه ، فان اختار السيد اقرارها في يد عبده نظرت فان كان العبد أميناً جاز وكان السيد مستعينا بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله ، وان كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده ولزمه ضمانها ، كما لو أخذها من يده ثم ردها اليه . لأن يد العبد كيده وما يستحق بها فهو لسيدته : وان أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لأنها من كسبه وإكسابه لسيدته ، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان ، فان أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فعرفها وأدى الأمانة فيها فتلفت في الحول الاول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لأنها لم تلتف بتفريط من أحدهما ، وان لم يؤد الأمانة فيها وجب ضمانها ، ويتعلق الضمان برقبة العبد وذمة السيد جميعاً ، لان التفريط حصل منها جميعاً .

(فصل) والمكاتب كالحر في اللقطة لان المال له في الحال واكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه : فان عجز عاد عبداً وصار حكمه في اللقطة حكم العبد على ما مر بيانه ، وأم الولد والمعلق عتقه بصفة والمدير كالقن . ومن نصفه حر اذا التقط شيئاً ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر اكسابه ، وهي بينهما في حول التعريف كالحرين التقطاً لقطة ، وان كان بينهما مهايأة ففيها وجهان .

أحدهما : لا تدخل في المهايأة ، لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا بظن فلم تدخل في المهايأة وتكون بينهما .

والثاني : تدخل في المهايأة ، لأنها من كسبه فأشبهت سائر اكسابه ، فان وجدها في يومه فهي له ، وان وجدها في يوم سيده فهي له ، وان كان العبد مشتركاً بين اثنين فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق .

(فصل) والذمي في الالتقاط كالمسلم ، ومن أصحاب الشافعي من قال : ليس له الالتقاط في دار الإسلام لانه ليس من أهل الأمانة .

ولنا أنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالخس والاحتطاب ، وما ذكره يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم الأمانة ، اذا ثبت هذا فانه

إن عرف اللقطة حولا ملكها كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم إليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ويعرفها لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه ، وأجر المشرف عليه فإذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ، ويحتمل أن تنزع من يد الذي وتوضع على يد عدل لأنه غير مأمون عليها .

(فصل) ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة لأنه يعرض نفسه للأمانة وليس هو من أهلها ، فإن التقط صح التقاطه لأنها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب ، ولأنه إذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى ، فإذا التقطها فعرفها حولا ملكها كالعدل ، وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم إليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذي لأنه لا نأمنه عليها ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي . وقال في الآخر : ينزعها من يده ويضعها في يد عدل .

ولنا أن من خلى بينه وبين الودعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف إليه ، وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركزت في يد عدل ، فإذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطاً لأن سبب الملك وجد منه .

مسألة ، قال (وإذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة فهي لقطة)

يعنى أنه يباح أخذها والتقاطها ، وحكمها إذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده ، هذا الصحيح من مذهب أحمد وقول أكثر أهل العلم . قال ابن عبد البر : أجمع على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها ، وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع ، وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الأسد ونحوها : فما لا يمتنع منها كفصلان الأبل وعجول البقر واقلاد الخيل والدجاج والأوز ونحوها يجوز التقاطه ، ويروى عن أحمد رواية أخرى : ليس لغير الإمام التقاطها : وقال الليث بن سعد : لا أحب أن يقربها إلا أن يحرزها لصاحبها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لا يؤوى الضالة إلا ضال ، ولأنه حيوان أشبه الأبل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الشاة : خذها فإنما هي لك أو لا خيك أو للذئب ، متفق عليه ، ولأنه يخشى عليه التلف والضياح فأشبهه لقطة غير الحيوان ، وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به ، والقياس على الأبل لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم علل منع التقاطها بأن معها حذاهما وسقاهما ، وهذا مفدوم في الغنم ؛ ثم قد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما في خير واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة .

وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء : اذبحها وكأها ، وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : هي لك أو لا خيك أو للذئب ، والذئب لا يكون في المصر .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : خذها ، ولم يفرق ولم يستفصل : ولو افرق الحال لسأل أو استفصل ؛ ولأنها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر اللقطات ، وقولهم إن الذئب لا يكون إلا في الصحراء ، قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر ؛ إذا ثبت هذا فإنه متى عرفها حولا كاملا ملكها ، وذكر القاضي وأبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : هي لك أو لا خيك ، فأضافها إليه بلام التملك ، ولأنها يباح التقاطها فملكك بالتعريف كالإثمان ، ولأن ذلك إجماع حكاه ابن عبد البر .

فصل

ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (أكلها في الحال وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الغنم في المواضع المخوف عليها له أكلها ، والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : هي لك أو لا خيك أو للذئب ، فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأنى بأكلها ، ولأن في أكلها في الحال اغناء عن الاتفاق عليها وحراسة لما لبثها على صاحبها إذا جاء فإنه يأخذ قيمتها بكاملها من غير نقص ، وفي إبقائها تضييع للمال

بالانفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى ، ومتى أراد أكلها حفظ صفتها
فتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم ، الا مالكا فانه قال : كلفها
ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : هي
لك ، ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما : وسوءى بينه وبين الذئب ، والذئب
لا يعرف ولا يغرّم .

قال ابن عبد البر : لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله ، وقول النبي
صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن عمرو ، رد على أخيك ضالته ، دليل
على أن الشاة على ملك صاحبها ، ولأنها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها
لصاحبها اذا جاء كغيرها ، ولأنها ملك لصاحبها فلم يحز تملكها عليه بغير عوض
من غير رضاه ، كما لو كانت بين البنيان ، ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب
غرما اذا أتلها كلقطة الذهب : وقول النبي صلى الله عليه وسلم : هي لك ، لا يمنع
وجوب غرامتها ، فانه قد أذن في لقطة الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها
وانفاقها ، وقال : هي كسائر مالك : ثم أجمعنا على وجوب غرامتها ، كذلك الشاة ،
ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر ، وقال مالك
وأبو عبيد وأصحاب الشافعي وابن المنذر : ليس له أكلها في المصر لأنه يمكن بيعها
بخلاف الصحراء .

ولنا أن ما جاز أكله في الصحراء أبيع في المصر كسائر المأكولات ، ولأن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : هي لك ، ولم يفرق ، ولأن أكلها محلل بما ذكرنا
من الاستغناء عن الانفاق عليها ، وهذا في المصر أشد منه في الصحراء ، الثاني :
أن يملكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يملكها : وإن أحب أن ينفق
عليها محتسبا بالنفقة على مالها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة
على روايتين ، أحدهما : يرجع به : نص عليه في رواية المروزي في طيرة أفرخت
عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف اذا لم يكن متطوعا ،
وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالته فانفق عليها وجاء ربها بأنه يغرّم له
ما أنفق : وذلك لأنه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كقوة
الرطب والعنب .

والرواية الثانية : لا يرجع بشيء ، وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز ، لانه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع كما لو بنى داره ويفارق العنب والرطب فإنه ربما كان تجفيفه والاتفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لان النفقة لا تتكرر والحيوان يتكرر الاتفاق عليه فربما استغرق قيمته ، فكان يبعه أو أكله أحظ فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق .

الثالث : أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها بإذن الامام .

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير إذن فبيعها أولى ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع . وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فإنه صلى الله عليه وسلم قال « خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب » ، ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق .

ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير ، وإنما ترك ذكر تعريفها لأنه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها ، فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالمطعوم

(فصل) إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة في ذلك فإنها لا تنتقل من الذمة إلى المال المعزول ، ولو عزل شيئاً ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول ؛ وإن باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء ، لانه عين ماله لا شيء للمفلس فيه .

(فصل)

وإذا التقط ما لا يبقى عاماً فذلك نوعان : أحدهما ما لا يبقى بعلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ والفاكهة التي لا تجفف والخضراوات ، فهو غير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ، ولا يجوز إبقاؤه لأنه ي تلف ؛ فإن تركه حتى تلف فهو من ضمانه لأنه فرط في حفظه فلزمه ضمانه كالوديعة ، فإن أكله ثبتت القيمة في ذمته على ما ذكرناه في لقطة الغنم ، وإن باعه وحفظ ثمنه جاز . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وله أن يتولى يبعه بنفسه . وعن أحمد له يبع البسير ، وإن كان كثيراً

دفعه الى السلطان . وقال أصحاب الشافعى : ليس له بيعه الا بإذن الحاكم فإن عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة ، فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه لأنه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجوز لغير الحاكم بيعه كغير اللقطة .

ولنا أنه مال أبيع للملتقط أكله فأبيع له بيعه كاله ، ولأنه مال أبيع له بيعه عند العجز عن الحاكم ، فجاز عند القدرة عليه كاله

إذا ثبت هذا فإنه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاماً ، فإذا جاء صاحبه فإن كان قد باعه وحفظ ثمنه دفعه إليه ، وإن كان قد أكله أو أكل ثمنه غرمه له بقيمته يوم أكله ، وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه أو نقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريطه فلا ضمان على الملتقط ، وإن تلفت أو نقصت أو نقص الثمن لتفريطه فعلى الملتقط ضمانه ، وكذلك إن تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمنه

النوع الثانى : ما يمكن ابقاؤه بالعلاج كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحفظ لصاحبه فإن كان فى التجفيف جفقه ولم يكن له الا ذلك لأنه مال غيره فلزمه ما فيه الحفظ لصاحبه كولى اليتيم ، وإن احتاج فى التجفيف الى غرامة باع بعضه فى ذلك وإن كان الحفظ فى بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام والرطب ، فإن تعدر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله كالبطيخ ، وإن كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضاً ، لأن الحفظ فيه . وبقتضى قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف . إن هذا كله لا يجوز له أكله لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه . وقد قال أحمد فيمن يجد فى منزله طعاماً لا يعرفه ، يعرفه ما لم يخش فساداً ؛ فإن خشى فساداً تصدق به فإن جاء صاحبه غرمه ، وكذلك قال مالك وأصحاب الرأى فى لقطة مالا يبق سنة تصدق به ، وقال الثورى يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز أكله قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ضالة الغنم : خذها فانما هى لك أو لأكليك أو للذئب ، وهذا تجويز للأكل فإذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه فبما يفسد ببقائه أولى .

، مسألة ، قال (ولا يتعرض لبيع ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صفار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض له ، سواء كان لكبر جثته كالإبل والحيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيد أو بنايه كالكلاب والفهود ؟ وقال عمر رضى الله عنه : من أخذ ضالة فهو ضال أى مخطئ .، وبهذا قال الشافعى والأوزاعى وأبو عبيد ، وقال مالك والليث فى ضالة الإبل : من وجدها فى القرى عرفها ، ومن وجدها فى الصحراء لا يقربها ، ورواه المزنى عن الشافعى ، وكان الزهرى يقول : من وجد بدنة فليعرفها ، فإن لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضى الأيام الثلاثة . وقال أبو حنيفة فى لفظ : يباح التقاطها لأنها لقطة أشبهت الغنم .

ولنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سئل عنها : مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله إنا نصيب هواى الإبل قال : ضالة المسلم حرق النار ، وروى عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت . وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يؤوى الضالة إلا ضال ، رواه أبو داود بمعناه . وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك نصر النبي صلى الله عليه وسلم وصريح قوله بقياس نصه فى موضع آخر ؟ على أن الإبل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء .

(فصل) فإن كانت الصيد مستوحشة إذا تركت رجعت الى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها فى نفسها ، ولو كان المقصود حفظها فى أنفسها لما جاز التقاط الأثمان ، فإن الدينار دينار حيثما كان .

(فصل) والبقر كالإبل ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعى وأبو عبيد . وحكى عن مالك أن البقرة كالشاة . ولنا خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولأنها تمتنع عن صفار السباع وتجزى فى الاضحية والهدى عن سبعة فأشبهت الإبل وكذلك الحكم فى الحيل والبغال ، فأما الجر لجعلها أصحابنا من هذا القسم الذى لا يجوز التقاطه لأن لها أجساما عظيمة فأشبهت البغال والحيل ، ولأنها من الدواب

فأشبهت البغال ، والاولى إلحاقها بالشاة ، لان النبي صلى الله عليه وسلم علل الابل بأن معها حذاها وسقاها ، يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما توعى في بطونها منه وقوتها على وروده ، وفي إباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب إياها بقوله ، هي لك أو لاختيك أو للذئب ، والحر مساوية للشاة في علتها فانها لا تمتنع من الذئب ، ومفارقة للابل في علتها فانها لا صبر لها عن الماء ، ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال ما بقي من مدته إلا ظمأ حمار . وإلحاق الشيء بما ساواه في علة الحكم ، وفارقه في الصورة أولى من إلحاقه بمقاربه في الصورة وفارقه في العلة : فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدر النحاس . فهو كالابل في تحريم أخذه ، بل أولى منه لأن الابل تتعرض في الجملة للتلف ، إما بالأسد وإما بالجوع والعطش وغير ذلك ، وهذه بخلاف ذلك ، ولأن هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان ، فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى

(فصل)

فإن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه ، إماما كان أو غيره ، لانه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا اذن الشارع له فهو كالغاصب ، فإن رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان ، وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يبرأ لأن عمر رضي الله عنه قال : ارسله في الموضع الذي أصبته فيه ، وجري طرد البقرة التي لحقت ببقره .

ولنا أن ما لزمه ضمانه لا يزول عنه الا برده الى صاحبه أو نأبه كالمسروق والمغصوب ، وأما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه : انما لحقت بالبقرة فطردها عنها ، فأشبه ما لو دخلت داره فأخرجها : فعل هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها ، سواء طردها أو لم يطردها ، وإن أخذها فلزمه ضمانها فدفعها الى الامام أو نأبه زال عنه الضمان لأن له نظراً في ضوال الناس بدليل أن له أخذها فكان نأبها عن أصحابها فيها

(فصل) وللإمام أو نأبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها ، لأن عمر (رض) حى موضعها يقال له النقيع لحيل المجاهدين والضوال ، ولأن للإمام نظراً

في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها ، لان عمر رضى الله عنه لم يكن يعرف الضوال ، ولأنه اذا عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يحىء الى موضع الضوال ، فاذا عرف ضالته أقام البيئة عليها وأخذها ؛ ولا يكتفى فيها بالصفة لأنها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلا على ملكها لها ، ولان الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره ، فلم يكن ذلك دليلا ، ويمكنه إقامة البيئة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطاته وجيرانه بملكها أياها .

(فصل) وان أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعى ولاصحابه وجه أن له أخذها لحفظها قياسا على الامام ، ولا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط ولا يصح القياس على الامام لأن له ولاية ، وهذا لا ولاية له ، وان وجدها في موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها ان تركت به أو فرسا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كواد النيم أو في بركة لا ماء بها ولا مرعى فالأولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على أخذها لان فيه انقاذها من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو حريق فاذا حصلت في يده سلمها الى نائب الامام وبرئ من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها .

(فصل) وما يحصل عند الامام من الضوال فانه يشهد عليها ويسمها بأنها ضالة ثم ان كان له حىء ترعى فيه تركها فيه ان رأى ذلك ، وان رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حىء باعها بعد أن يحلبها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فان ذلك أحفظ لها لان تركها يفضى الى أن تأكل جميع ثمنها .

(فصل) ومن ترك دابة بمهلكه فأخذها انسان فاطعمها وسقاها وخلصها ملكها ، وبه قال الليث والحسن بن صالح واسحاق الا أن يكون تركها ليرجع اليها أو ضلت منه .

وقال مالك : هي لملكها الأول ويغرم ما أنفق عليها ، وقال الشافعي وابن المنذر هي لملكها والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لأنه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه ، كما لو كانت في غير مملكته ، ولا يملك الرجوع لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء كما لو بنى داره .

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها فأخذها فأحيها فهي له ، قال عبد الله بن عبد الرحمن فقلت — يعني للشعبي — من حدثك بهذا ؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود بإسناده ، وفي لفظ عن الشعبي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ترك دابة بمملكته فأحيها رجل فهي لمن أحيها ، ولأن في الحكم بملكها إحياءها وإنقاذها من الهلاك وحفظاً للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان ، وفي القول بأنها لا تملك ، تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ، ولأنه نبذ زغبة عنه وعجزاً عن أخذه فملكه أخذه كالساقط من السبل وسائر ما ينبذه الناس رغبة عنه .

(فصل)

وإن ترك متاعاً فخلصه إنسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشبة على الحيوان ، فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتناكله السباع ، والمتاع يبقى حتى يرجع إليه صاحبه ، وإن كان المتروك عبداً لم يملك بأخذه ، لأن العبد في العادة يمكنه التخلص إلى الأماكن التي يعيش فيها بخلاف البهيمة ، وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخلص المتاع ، نص عليه ، وكذلك في العبد على قياسه .

قال القاضي : يجب أن يحمل قوله في وجوب الأجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به ، أما إن لم يجعل له شيئاً فلا جعل له ، لأنه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئاً كالملتقط ، وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فإنه لو جعل له جعلاً لاستحققه ولم يجعل له أجر المثل ، ويفارق هذا الملتقط فإن الملتقط لم يخلص اللقطة من الهلاك ، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها وهنا إن لم يخرجها هذا ضاع ومالك ولم يرجع إليه صاحبه ، فني جعل الأجر فيه

حفظ للأموال من غير مضرة ، فجاز ذلك كالجعل في الابق ، ولأن اللقطة جعل فيها الشارع ما يثبت على أخذها وهو ملكها إن لم يجرى صاحبها فاكنتى به عن الاجر ، فينبغى أن يشرع في هذا ما يثبت على تخليصه بطريق الأولى وليس إلا الاجر ، فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه خوفاً من الغرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولاً سوى عموم قولهم الذى ذكرناه ، ويحتمل أن يملك هذا من أخذه ، وهو قول الليث بن سعد ، وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال : وما نضب عنه الماء فهو لأهله وقال ابن المنذر يردده على أصحابه ولا جعل له ، ويقتضيه قول الشافعى والقاضى لما تقدم ، ومقتضى قول الامام أبى عبد الله أن لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرنا ، ووجه ما ذكرنا من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما ي تلف بتركه فيه اختياراً منه فملكه من أخذه كالذى القوه رغبة عنه ، ولأن فيما ذكروه تحقيقاً لإتلافه فلم يجز كمباشرته بالإتلاف .

فأما إن انكسرت السفينة فأخرجته قوم فقال مالك : يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء للذى أصابوه ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر والقاضى ، وعلى قياس نص أحمد يكون مستخرجه أجر المثل لأن ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيافته عن الفرق ، فإن الغواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر بادر الى التخليص ليخلصه ، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه فى استخراجها فينبغى أن يقضى له بالاجر كجعل رد الابق .

فصل

ذكر القاضى فيما اذا التقط عبداً صغيراً أو جارية أن قياس المذهب أنه لا يملك بالتمريف ، وقال الشافعى : يملك العبد دون الجارية ولأن التملك بالتمريف عنده اقتراض ، والجارية عنده لا تملك بالقرض ، وهذه المسألة فيها نظر فان اللقيط محكوم بحريته ، فان كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره ، لأن الطفل لا قول له ، ولو اعتبر قوله فى ذلك لاعتبر فى تعريفه سيده والله أعلم .

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول ، كقولهم قتيل وجريح وطريح ، والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كإطعامه إذا اضطر وإنجائه من الفرق ، ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقيين ، فإن تركه الجماعة أثموا كلهم إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه .

وروى عن سنين أبي جميلة^(١) قال : وجدت ملفوفا فأتيت به عمر (رض) فقال عريني : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، فقال عمر أ كذاك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، رواه سعيد عن سفيان عن الزهري ، سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه .

مسألة، قال (واللقيط حر)

وجملة ذلك أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي ، قال ابن المنذر
أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روينا هذا القول عن عمر وعلي
رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم ومحمد ومالك والثوري
والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال النخعي إن النقطة للحبة
فهو حر ، وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شاذ فيه عن الخلفاء
والعلماء ، ولا يصح في النظر ، فإن الأصل في الأدميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق
آدم وذريته أحراراً وإنما الرق للعارض ، فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل
(فصل) ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الإسلام أو في دار الكفر
فأما دار الإسلام فضريان .

(١) سنين أبو جميلة أدرك النبي صلى الله عليه وسلم وشهد عام الفتح روى عنه
الزهري وزيد بن أسلم ، مثل أبو زرعة عن سنين هذا في اللقيط فلم يكن ثبنا ولم
يكن بالمشهور عنده .

أحدهما : دار اختطها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة ، فلقبط هذه محكوم
 بإسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمة تغلبا للإسلام ولظاهر الدار ، ولأن الإسلام
 يعلو ولا يعلى عليه .

الثاني : دار فتحها المسلمون كدائن الشام ، فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم
 بإسلام لقيطها ، لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغلبا للإسلام . وإن لم يكن
 فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره ، لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع
 الاحتمال ، وأما بلد الكفار فضربان أيضا .

أحدهما : بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل ، فهذا كالقسم الذي
 قبله ، إن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه ، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ،
 وقال القاضي : يحكم بإسلامه أيضا لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن بكنتم إيمانه ،
 بخلاف الذي قبله فإنه لا حاجة به إلى كنتم إيمانه في دار الإسلام ، وإن كان في
 بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه أهله
 بالجزية فهذا كالقسم الثاني من دار الإسلام .

الثاني : دار لم تكن للمسلمين أصلا ، كبلاد الهند والروم ، فإن لم يكن فيها مسلم
 فلقبطها كافر لأن الدار لهم وأهلها منهم ، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم
 احتمل أن يحكم بإسلامه تغلبا للإسلام : واحتمل أن يحكم بكفره تغلبا للدار
 والأكثر ، وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين
 ميتا في أي مكان وجد أن غسله ودفته في مقابر المسلمين يجب ، وقد منعوا
 أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين ، قال إذا وجد لقيط في قرية ليس
 فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر . هذا قول أصحاب الشافعي
 وأصحاب الرأي .

(فصل) وفي الموضع الذي حكمنا بإسلامه إنما يثبت ذلك ظاهرا لا يقينا ،
 لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بينة أنه ولده ولد على فراشه
 حكمنا له به ، وإذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه إسلامه وردته فوصف الإسلام فهو
 مسلم ، سواء كان من حكم بإسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو من حكم

بإسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجها أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي ، لأن قوله أقوى من ظاهر الدار ، وهذا وجه مظلم لأن دليل الإسلام وجد عريا عن المعارض وثبت حكمه واستقر فلم يحز إزالة حكمه بقوله ، كما لو كان ابن مسلم .

وقوله لا دلالة فيه أصلا لأنه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه ، وإنما يقول هذا من تلقاء نفسه ، فعلى هذا إذا بلغ استتيب ثلاثا ، فإن تاب والا قتل ، فأما على قولهم فقال القاضي أن وصف كفرا يقر أهله عليه بالجزية عقدت له الذمة ، فإن امتنع من التزامها أو وصف كفرا لا يقر أهله عليه الحق بأمته ، وهذا بعيد جداً ، فإن هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لو أجده ويصير مسلما بإسلام سايه ، أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب ، أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلما .

قال أحمد في أمة نصرانية ولدت من مجور : ولدها مسلم لأن أبويه يهودانه وينصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمه ، وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب .

(فصل)

إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فالعقل على بيت المال لأن ميراثه له وثبته عليه : وإن جنى جناية لا تحملها العاقلة لحكمه فيها غير حكم اللقيط إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتصر منه ، وإن كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان في ذمته حتى يوسر ، وإن جنى عليه في النفس جناية توجب الدية فهي لبيت المال لأنه وارثه ، وإن كان عمداً محضاً فالإمام غير بين استيفاء القصاص إن رآه أحظ للملاقطة والعفو على مال ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأبو حنيفة ، إلا أنه يخيره بين القصاص والمصالحة ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : فالسلطان ولي من لا ولي له .

وإن جنى عليه فيما دون النفس جناية توجب الأرض قبل بلوغه فلوليه أخذ الأرض

وإن كانت عمداً موجبة للقصاص وللقبض مال يكفيه وقف الأمر على بلوغه ليقترض أو يعفو ، سواء كان عاقلاً أو معتوماً وإن لم يكن له مال وكان عاقلاً انتظر بلوغه أيضاً ، وإن كان معتوماً فللولي العفو على مال يأخذه له ، لأن المعتوه ليست له حال معلومة منتظرة ، فإن ذلك قد يدوم به ، والعقل له حال منتظرة فافتراقاً ، وفي الحال التي ينتظر بلوغه فإن الجاني يجبر حتى يبلغ القبض فيستوفي لنفسه ، وهذا مذهب الشافعي ، وقد روى عن أحمد رواية أخرى أن للإمام استيفاء القصاص له ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه أحد نوعي القصاص ، فكان للإمام استيفاؤه عن القبض كالقصاص في النفس .

ولنا أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على قوله كما لو كان بالغاً غائباً ، وفارق القصاص في النفس فإن القصاص ليس هو وإنما هو لوارثه والإمام المتولى له .

(فصل) وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصناً حد ثمانين لأنه حر : وإن قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لأنه محكوم بحريته فإن ادعى القاذف أنه عبد فصده اللقيط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التعزير لقذفه من ليس بمحصن وإن كذبه اللقيط وقال : إني حر فالقول قوله لأنه محكوم بحريته ، فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفاً وأوجبنا له القصاص وإن كان الجاني حراً ، ويحتمل أن يكون القول قول القاذف لأنه يحتمل صحة ما قاله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندرى بالشبهات ، وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد ، لأن القصاص ليس بحد وإنما وجب حقا لآدمي ولذلك جازت المصلحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف ، ويتخرج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفاً فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والأول أصح ، لأن كل من كان محكوماً بحريته لا يسقط الحد عن قذفه باحتيال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتيال لسقط وإن لم يدع القاذف رقه لأنه موجود وإن لم يدعه .

مسألة ، قال (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه)
وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الاتفاق عليه في قول

عامة أهل العلم ، وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجة والملك والولاء متفية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه ، فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط ، وتجب نفقته في بيت المال ، لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، وفي رواية من بيت المال ، ولأن بيت المال وارثه وماله مصروف إليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه ، فإن تعذر الاتفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا امام فيه أو لم يعط شيئا ، فعلى من علم حاله من المسلمين الاتفاق عليه ، لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن في ترك الاتفاق عليه هلاكه ، وحفظه عن ذلك واجب كإنقاذه من الفرق ، وهذا فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقيين ، فإن تركه الكل أمموا ، ومن أنفق عليه متبرعا ، فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره ، وإن لم يتبرع بالاتفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محسبا بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وإن أنفق بغير أمر الحاكم محسبا بالرجوع عليه ، فقال أحمد : تؤدي النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه ، وقال عمر بن عبد العزيز : يحلف ما أنفق احتسابا ، فإن حلف استسعى ، وقال الشعبي ومالك والثوري والأوزاعي ، وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به .

ولنا أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه ، وقد ذكرنا حكم هذا الأصل في موضعه . (فصل) فأما أن وجد مع اللقيط شيء فهو له ، ويتفق عليه منه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وذلك لأن الطفل يملك وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ، ومن له ملك صحيح ، فله يد صحيحة كالبالغ ، إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته ، فهو تحت يده ، ويثبت بذلك ملكه في الظاهر ، فمن ذلك ما كان لا يسا له أو

مشدوداً في ملبوسه ، أو في يديه أو يجمعوا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي عليه ، وإن كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له : وأما المنفصل عنه ، فإن كان بعيداً منه فليس في يده ، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه فليس وجهان .

أحدهما : ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد .

والثاني : هو له وهو أصح ، لأن الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه يقربه ويحكم بأنه في يده ؟ والحال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه ، فأما المدفون تحته ، فقال ابن عقيل : إن كان الحفر طرياً فهو له . والأفلا ، لأن الظاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً ، فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه . وكل ما حكمنا بأنه ليس له لحكمه حكم اللقيطة وما هو له أنفق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لأنه ذو مال فأشبهه غيره من الناس .

إذا ثبت هذا : فإن للملتقطه الاتفاق عليه بنير اذن الحاكم ذكره أبو عبد الله ابن حامد لأنه ولي له فلم يعتبر في الاتفاق عليه في حقه اذن الحاكم كوصي البنيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره كتبديد الخمر ، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلاً مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال : تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالاتفاق عليهم ، فلم يجعل له الاتفاق عليهم من غير اذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله ، والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين .

أحدهما : أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فإن له ولاية أخذه وحفظه والثاني : أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه ، ولأن الاتفاق على الصبي

من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المودع فاحتج إلى إثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسألتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط ومتى لم يجد حاكما فله الاتفاق بكل حال لأنه حال ضرورة ، وقال الشافعي ليس له أن يتفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما ، وإن أنفق ضمن بمنزلة ماله لو كان لأبي الصغير ودائع عند إنسان فأنفق عليه منه وذلك لأنه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضنة ، وإن لم يجد حاكما ففي جواز الاتفاق وجهان .

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فإننا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه فإذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لأنه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق ، فإذا ثبت هذا فينبغي أن يتفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فإن بلغ اللقيط واختلفا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الاتفاق فالقول قول المنفق ، لأنه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم .

مسألة ، قال (وولاؤه لسائر المسلمين)

يعني ميراثه لهم فإن اللقيط حر الأصل ولا ولاية عليه ، وإنما يرثه المسلمون لأنهم خولوا كل مال لا مالك له ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط ، وقول الحرقى وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولاية في أخذ الميراث وحيازته كله عند عدم الوارث ، هذا هو الظاهر وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح واسحاق : عليه الولاية للمتقطعه لما روى واثلة بن الأسقع قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المرأة تحوز ثلاثة مواويث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه ، أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن ، وقال عمر لأبي جهملة في لقطته هو حر ولك وولاؤه وعلينا نفقته .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : إنما الولاية لمن أعتق ، ولأنه لم يثبت

عليه رق ولا على آباءه فلم يثبت عليه ولا. كالمعروف نسبه ، ولأنه ان كان ابن حرين فلا ولا عليه وان كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولا. لغير معتقها ، وحديث واثلة لا يثبت ، قاله ابن المنذر وخبر عمر قال ابن المنذر : أبو جميلة رجل مجهول لا تقوم بحديثه حجة ، ويحتمل أن عمر رضى الله عنه عنى بقوله : لك ولاؤه ، أى لك ولايته والقيام به وحفظه لذلك ذكره عقيب قول عريفه ، انه رجل صالح ، وهذا يقتضى تفويض الولاية إليه لكونه مأمونا عليه دون الميراث ، اذا ثبت هذا فان حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع الى بيت المال اذا لم يكن له وارث ، فان كان له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال وان كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال وان كانت له بنت أو ذو رحم كبت بنت أخذت جميع المال لان الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال ، والله أعلم .

مسألة ، قال (وان لم يكن من وجد اللقيط أمينا منع من السفر به)

وجملة ذلك : أن الملتقط ان كان أمينا أقر اللقيط في يده لان عمر رضى الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه ، انه رجل صالح ، ولأنه سبق إليه فكان أولى به لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ، وهل يجب الاشهاد عليه ؟ فيه وجهان . أحدهما . لا يجب كما لا يجب الاشهاد في اللقطة ، والثاني : يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاخص بوجوب الشهادة كالنكاح ، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالباع ، فاما ان كان غير أمين فظاهر كلام الخرقى أنه يقر في يديه ويمنع من السفر به لتلا يدعى رقه ويبيعه ، ويتبني أن يجب الاشهاد عليه ويضم إليه من يشرف عليه لآتنا اذا ضمنا إليه في اللقطة من يشرف عليه فهنا أولى ، وقال القاضى : المذهب أنه ينزع من يديه وهذا قول الشافعى ، لانه ليس في حفظ اللقيط الا الولاية ولا ولاية لفاسق ، وفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) ان في اللقطة معنى الكسب وليس هنا الا الولاية ، والثاني : أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها إليه بعد الحول ، فاحتطنا عليها مع بقاءها في يديه وهنا لا ترد إليه بعد الانتزاع منه بحال ، فكان الانتزاع أحوط .

والثالث أن المقصود ثم حفظ المال ، ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها : وهما المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل الى الاستظهار عليه ، لأنه قد يدعى رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ، ولأن اللقطة إنما يحتاج الى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً . وهذا يحتاج الى الاحتياط عليه في جميع زمانه . وأما على ظاهر قول الخرقى فلا ينزع منه لأنه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إياه وسبقه إليه . وأمكن حفظ اللقيط في يديه بالإشهاد عليه وضم أمين يشارفه إليه وبشيء أمره فيعرف أنه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعا بين الحقين كما في اللقطة ، وكما لو كان الوضى خائفا . وما ذكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بأن اللقيط ظاهر مكشوف لا يخفى الحيانة فيه . واللقطة مستورة خفية تنطرق إليها الحيانة ولا يعلم بها ، ولأن اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وإبدالها ، ولا يتمكن من ذلك في اللقيط ولأن المال محل الحيانة والنفوس إلى تناوله وأخذة داعية بخلاف النفوس ، فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط منع منه : لأنه يعده بمن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعى رقه ويبيع

(فصل)

وإذا التقط اللقيط من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الحيانة أقر اللقيط في يديه ، لأن حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الأحكام ، ولأن الأصل في المسئلة العدالة ؛ ولذلك قال عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض ، فإن أراد السفر بلقطته ففيه وجهان .

أحدهما لا يقر في يديه ، وهذا مذهب الشافعي ، لأنه لم يتحقق أماته فلم يؤمن الحيانة منه .

والثاني يقر في يديه ، لأنه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم إليه فأشبه العدل ، ولأن الظاهر الستر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أماته فيقر اللقيط في يده في سفره وحضره لأنه مأمون عليه إذا كان سفره لغير النقلة .

فصل

فإن كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان يقيم به ، نظرنا فإن كان التقطه من الحضر فأراد النقل به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين :

أحدهما أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرغفه له

والثاني أنه إذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه ، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به ، فإن أراد النقلة به إلى بلد آخر من الحضر ففيه وجهان :

أحدهما لا يقر في يده ، ولأن بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه ، فلم يقر في يد المتقل عنه قياساً على المتقل به إلى البادية .

والثاني يقر في يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالأول في الرقابة فيقر في يده ، كما لو انتقل من أحد جانبي البلد إلى الجانب الآخر ، وفارق المتقل به إلى البادية لأنه يضر به بتفويت الرقابة عليه ، وإن التقطه من البادية فله نقله إلى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرقابة والدعة والدين ، وإن أقام به في حلة يستوطنها فله ذلك ، وإن كان ينتقل به إلى المواضع احتمل أن يقر في يديه ، لأن الظاهر أنه ابن بدويين ، وإقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية ، لأنه أرغفه له وأخف عليه ، وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه ، فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع إليه ممن هو أولى به ، فإن لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه ، لأن إقراره في يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به ، إذ لا فائدة في نزعه من يده ودفعه إلى مثله .

(فصل) وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواه ، لأن منافعه لسيدته فلا يذهبها في غير نفعه إلا بإذنه ، ولأنه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ولا ولاية لعبد ، فإن التقطه لم يقر في يديه إلا أن يأذن له السيد ، فإن أذن له أقر في يديه لأنه استعان به في ذلك ، فصار كالموالتقطه يده وسله إليه قال ابن عقيل : إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كالموالتقطه ،

والمحكم في الامة كالحكم في المكاتب ، فاما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواء وجب التقاطه لانه تخلص له من الهلاك ، فاشبه تخلصه من الفرق ، والمدير وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالتقن ، وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه الا أن يأذن له سيده في ذلك .

فصل

وليس لكافر التقاط مسلم ، لانه لا ولاية لكافر على مسلم ، ولانه لا يؤمن أن يفتنه ويعطيه الكفر ، بل الظاهر أنه يريه على دينه وينشأ على ذلك كولده ، فإن التقطه لم يقر في يده ، وإن كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه ، لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(فصل) وإن التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحداً ، لم يخل من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون ممن يقر في يديه كالمسلم العدل الحر . والآخر ممن لا يقر في يديه كالكافر إذا كان اللقيط مسلماً ، والفاسق والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب فإنه يسلم الى من يقر في يده ، وتكون مشاركة هؤلاء كمدنها : لانه لو التقطه وحده لم يقر في يده ، فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى

الثاني : أن يكونا جميعاً من لا يقر في يدي واحد منهما ، فإنه ينزع منهما ويسلم الى غيرها .

الثالث : أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد ، الا أن أحدهما أحفظ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق ، لان ذلك أحق للطفل ، وإن التقطه مسلم وكافر طفلاً محكوما بكفره فالمسلم أحق . وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي : هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك

ولنا أن دفعه الى المسلم أحظ له ، لانه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصل التوسعة ، فإن تعارض الترجيحان ، فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً ،

فالمسلم أولى ، لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره ، وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخل ، لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده

الرابع : أن يتساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه ، فإن رضى أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه الى صاحبه جاز ، لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به ، وإن تشاحا أقرع بينهما القول الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولأنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة : وإن تباياه فجعل عند كل واحد يوماً أو أكثر من ذلك أضر بالطفل ، لأنه تختلف عليه الاغذية والانس والالف ، ولا يمكن دفعه الى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو ، فعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فعين الاقراء بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الإعتاق ، والرجل والمرأة سواء ، ولا ترجح المرأة ههنا ، كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه : لأنها رجحت ثم لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانه بنفسها ، والاب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ له وأرفق به ، أما ههنا فإنها أجنبية من اللقيط . والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا ، فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة ، احتمل أن يرجع العدل . لأن المانع من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه ، فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أتم ، ويحتمل أن يتساويا لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح .

(فصل) وإن رأياه جميعاً فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه ، فهو أحق به : لقوله عليه السلام « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » ، وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر ، فالسابق الى أخذه أحق ، لأن الالتقاط هو الاخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه ، فأخذه الآخر نظرنا الى نيته ، فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق ، كما لو لم يأمره الآخر بمناولته

أياه ، وإن نوى تناوله فهو للآمر ، لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه ، فأشبه ما لو توكل له في تحصيل مباح .

(فصل) فإن اختلفا فقال كل واحد منهما أنا التقطته ولا بينة لأحدهما . وكان في يد أحدهما قال قول قوله مع يمينه أنه التقطه . ذكر ذلك أبو الخطاب . وهذا قول الشافعي .

وقال القاضي : قياس المذهب أنه لا يحلف بما في الطلاق والنكاح ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه ، رواه مسلم ، فإن كان في يديهما أقرع بينهما ، فن قرع صاحبه حلف وسلم إليه ، وعلى قول القاضي : لا تشرع اليمين هنا ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له ، وإن لم يكن في يد واحد منهما . فقال القاضي وأبو الخطاب . يسلم الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لا حق لها ، والأولى أن يقرع بينهما ، كما لو كان في أيديهما لانهما تنازعا حقاً في يد غيرهما ، فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما ، فإن وصفه أحدهما مثل أن يقول : في ظهره شامة أو بجسده علامة ، وذكر شيئاً في جسده مستوراً ، فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة . وهو قول أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعى فانه لا تقدم به دعواه

ولنا أن هذا نوع من اللقطة تقدم بوصفها كلقطة المال ، ولأن ذلك يدل على قوة يده فكان مقدماً بها ، وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لأن اللقيط لقطة أيضاً ، وإن كان لأحدهما بينة قدم بها ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً . لأن الثاني إنما أخذ من قد ثبت الحق فيه لغيره ، وإن استوى تاريخهما أو أطلقا معاً أو أرخت أحدهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل يسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان .

أحدهما يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما

والثاني يستعملان ويقرع بينهما ، فن قرع صاحبه كان أولى ، وسنذكر ذلك في بابه إن شاء الله تعالى ؛ وإن كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر ، أو تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى

المال، وإن كان أحد المتداهين ممن لا تقر يده على اللقيط أقر في يد الآخر ولم يلتفت إلى دعوى من لا يقر في يده بحال .

مسألة ، قال (وإذا ادعاه مسلم وكافر أرى القافة فبايهما الحقوه لحق)

يعنى إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين :

أحدهما : أن يدعيه واحد بفرد بدعواه فينظر فإن كان المدعى رجلاً مسلماً حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه ، لأن الإقرار محض نفع للطفل لا اتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال ، ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر في يديه ، وإن كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لأنه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة ، وإن كان المدعى له عبداً لحق به أيضاً ، لأن لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحرة ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا تثبت له حضانة لأنه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لأنه لا مال له ولا على سيده لأن الطفل محكوم بحريته ، فتكون نفقته في بيت المال ، وإن كان المدعى ذمياً لحق به لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فإنه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك ، وقال أبو ثور : لا يلحق به لأنه محكوم بإسلامه ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في إقراره إضرار بغيره فيثبت إقراره كالمسلم .

إذا ثبت هذا : فإنه يلحق به من النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضائته ، وقال الشافعي في أحد قولي : يتبعه في دينه لأن كل ما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة إلا أنه يحال بينه وبينه .

ولنا أن هذا حكم بإسلامه فلا يقبل قول الذمى في كفره كما لو كان معروفاً بالنسب ولأنها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجرد ادعائه كدعوى رقه ولأنه لو تبخه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه لأنه يكون إضراراً به فلم تقبل كدعوى الرق ، أما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فصلة عارية عن الضرر فقبل قوله فيه ، ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم : الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وإن كان المدعى امرأة فاختلف عن أحمد رحمه الله فروى أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها

أحد الأبوين ، فثبت النسب بدعواها كالأب ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر ، لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ، ولأن في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحكم اليهما امرأتان كان لهما إبنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى ، فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها ، لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه ، فإن قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ، لا يحل وطؤها لغيره ؟ قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره ، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فإن قيل : إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيافته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا يلحق نسب المرأة بل إلحاقها بها دون زوجها تطرق للعار إليه وإليها : قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعى حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المسال وهذا متحقق في دعوى المرأة .

والرواية الثانية : أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به ، وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر ، وهذا أيضاً وجه لأصحاب الشافعي .

والرواية الثالثة : نقلها الكوسج عن أحمد في امرأة ادعت ولداً إن كان لها أخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا ببينة ، وإن لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم يتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال ، وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور .

وأصحاب الرأي ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرد كماله علق زوجها طلاقها بولادتها .

ولنا أنها أحد الوالدين فأشبهت الأب : وإمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فإنه يمكنه البينة أن هذا ولد على فراشه ، وإن كان المدعى أمة فهي كالحرمة إلا أننا إذا قبلنا دعواها في نسبه لم نقبل قولها في رقه لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى نسبه كافر .

القسم الثاني : أن يدعى نسبه اثنان فصاعدا والكلام في ذلك في فصول .
أحدهما : أنه إذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد ، لأن على اللقيط ضرراً في الحاقه بالعبد والذمي فكان الحاقه بالحر المسلم أولى كما لو تنازعوا في الحضنة . ولنا : أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالأحرار المسلمين ، وما ذكرناه من الضرر لا يتحقق فأننا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضنة ، بدليل أننا نقدم في الحضنة المورس والحضري ولا تقدمهما في دعوى النسب .

قال ابن المنذر : إذا كان عبد امرأته أمة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عريية أنه ابنه من امرأته فأقام العبد بينة بدعواه أنه ابنه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره . وقال أصحاب الرأي يقضى به للعربي للعق الذي يدخل فيه ، وكذلك لو كان المدعى من الموالى عبدهم ، وقولهم هذا غير صحيح ، لأن العرب وغيرهم في أحكام الله ولحوق النسب بهم سواء .

الفصل الثاني : أنه إذا ادعاه اثنان فكان لأحدهما به بينة فهو ابنه وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما هنا ، لأن استعمالهما في المال أما بقسمته بين المتداعين ولا سبيل إليه هنا وأما بالإقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب ، فإن قيل : فإن ثبوته هنا يكون بالبينة لا بالقرعة ، وإنما القرعة مرجحة ؟ قلنا : فيلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطء امرأة فأنت بولد يفرع بينهما ويكون لحرقة بالوطء لا بالقرعة .

الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن به ينة أو تعارضت به ينتان وسقطتا فانا نريه القافة معهما أو مع عصبتهما عند تقديمهما فتلحقه بمن ألحقته به منهما، هذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور .

وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعا ؛ لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فإن الشبه يوجد بين الجانب وينتفي بين الأقارب ، ولهذا روى عن النبي (ص) : أن رجلا أتاه فقال : يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاما أسود فقال : هل لك من إبل ؟ قال نعم . قال فما ألوانها ؟ قال حمراء . قال فهل فيها من أورك ؟ قال نعم . قال أنى أتاها ذلك ؟ قال لعل عرقا نزع ، قال وهذا لعل عرقا نزع ، متفق عليه . قالوا ولو كان الشبه كافيا لا كنتي به في ولد الملاعنة وفيها إذا أقر أحد الورثة باخ فأنكره الباكون .

ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها يوما مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجززا المدلجى نظر آتفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدأت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ؟ ، متفق عليه ، فلو لا جواز الاعتماد على القافة لمأسر به النبي (ص) ولا اعتمد عليه ، ولأن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم يذكره منكر فكان إجماعا .

يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنة ، انظروها فإن جاءت به أحش الساقين كأنه وحررة فلا أراه إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت به أكحل جمداً جالياً سابغ الاليتين خدج الساقين فهو للذي رميت به : فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ، فقد حكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذي أشبهه منهما .

وقوله ، لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ، يدل على أنه لم يمنع من العمل بالشبه إلا الأيمان ، فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة حين رأى به شيا بينا بعته بن أبي وقاص ، احتجى منه يا سودة ، فعمل بالشبه في حجب سورة عنه .
فإن قيل : فالحديثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما

بل الحق الولد بزمة وقال لعبد بن زمة : هو لك يا عبد بن زمة ، الولد للفراش
وللماهر الحجر ، ولم يعمل بشبه ولد الملاعة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف
قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضته
ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه اذا خلت عن المعارض ، وكفلك ترك
إقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله : لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ،
على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن الحاق النسب فإن الحد في
الزنا لا يثبت الا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه
تكراره أربع مرات ، ويدراً بالشبهات ، والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على
الولادة ، ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور انتفائه ، حتى لو ان امرأة أنت
بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولدها ^(١) ؟ فكيف يحتاج على نفيه
بعدم إقامة الحد ؟ ولأنه حكم بظن غالب ورأى راجح ممن هو من أهل الخبرة ،
لجاز كقول المقومين .

وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه .

قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم حين قالت أم سلمة
: أو ترى ذلك المرأة ؟ قال : فمن أين يكون الشبه ؟ ، والحديث الذي احتجوا به
حجة عليهم ، لان انكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك : يدل على
ان العادة خلافه وان في طباع الناس انكاره وان ذلك انما يوجد نادراً ، وانما الحق
النبي صلى الله عليه وسلم به لوجود الفراش ، وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ، ولا يجوز
تركه من غير دليل ، ولان ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته
فإن النسب يحتاج لإثباته ويثبت بأدنى دليل ، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وأنه
لا ينتفى الا بأقوى الأدلة كما أن الحد لما اتقى بالشبه لم يثبت الا بأقوى دليل ،
فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور ان لا يثبت به
النسب في مسألتنا :

قلن قيل : فهنا اذا علمت بالقافة فقد نفيتم النسب عن لم تلحقه القافة به ،

(١) هذا من كلام الفقهاء الذي لا تعويل عليه .

قلنا : إنما اتنى النسب ههنا لعدم دليله لأنه لم يوجد إلا مجرد الدعوى ، وقد عارضها مثلها فمقط حكمها ، وكان الشبه مرجحاً لأحدهما فانتفت دلالة الأخرى ، فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله ، وتقديم الأمان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه ، كالب تقدم علمها البيئة ويعمل بها .

(فصل) والفاقة قوم يعرفون الإنسان بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون في بنى مدح رهط مجزئ المدلجى الذى رأى أسامة وأباه زيدا قد غطيا رؤوسهما وبدأت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، وكان إياس ابن معاوية المزنى قائماً ، وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة حراً لأن قوله حكم ، والحكم تعتبر له هذه الشروط ، وقال القاضى : وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لأننا نتبين خطاه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم أربناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقريبه علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته ، وإن لم تجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كبيرة جاز .

وقد روينا أن رجلاً شريفاً شك في ولد له من جاريته وأبى أن يستلحقه فر به إياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال : ادع لى أباك فقال له المعلم ، ومن أبو هذا ؟ قال فلان ، قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب ، فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل إياساً فقال من أين علمت أن هذا ولدى ؟ فقال سبحانه الله وهو يخفى على أحبيائه أشبه بك من الغراب بالغراب ؟ فسر الرجل واستلحق ولده ، وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل إلا قول اثنين ؟ فظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فإن الأثرم روى عنه أنه قيل له إذا قال أحد الفاقة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا ؟

قال لا يقبل واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا ، لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة ، وقال القاضى . يقبل قول الواحد لأنه حكم ويقبل فى الحكم قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال إذا خالف القائف غيره تعارضاً وسقطاً ، فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقولهما أولى لأنها شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع وإن عارض قول الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجع وسقط الجميع كما لو كانت احدى البيتين اثنين والاخرى ثلاثة فأكثر ، فأما أن الحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فالحقته بآخر كان لاحقاً بالأول لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم متى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له ، وكذلك أن الحقته بواحد ثم عادت فالحقته بغيره لذلك فإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لأنه بدل فيسقط بوجود الأصل كالتيسم مع الماء .

(فصل) وإن الحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لأن الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزول ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد ، وإنما قبلنا قول القائف فى النسب للحاجة الى اثباته ولكونه غير مخالف للظاهر . ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة الى اثبات رقه وكفره ، وإثباتها يخالف الظاهر .

ولو ادعى نسب اللقيط انسان فالحق نسب به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزول نسبه عن الأول لأنه حكم له به ، فلا يزول بمجرد الدعوى ، فإن الحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول ، لأنها بينة فى الحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة .

(فصل) وإذا ادعاه اثنان فالحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن وورثانه جميعاً ميراث أب واحد ، وهذا يروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما وهو قول أبى ثور ، وقال أصحاب الراى يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعى : لا يلحق بأكثر من واحد ، فإذا الحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج

برواية عن عمر رضى الله عنه ، أن القافة قالت : قد اشتركا فيه ، فقال عمر :
والأيهما شئت ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تبين
كذبهما فسقط قواهما كما لو ألحقته بأعين ، ولأن المدعين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ،
ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما
والحق بهما عند تعارض بيئتهما .

ولنا ما روى سعيد في سننه حدثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان
ابن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف : قد اشتركا
فيه جميعا فجعله بينهما ، وبأسناده عن الشعبي قال وعلى يقول : هو ابنهما وهما أبواه
يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار بأسناده عن عمر . وقال الامام أحمد :
حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ،
وروى الاثرم بأسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة
فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فدعى
القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد :
عصبته الباقي منهما ، وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحمل أنه ترك
قول القافة لأمر آخر أما لعدم ثبوتها وأما لأنه ظهر له من قولهما واختلافه
ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قواهما في أنهما اشتركا فيه ، قال أحمد
إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه ، فإن مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من
الأول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله : هو للباقي منهما ، والله أعلم أنه يرثه ميراث
أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها
ما يأخذه جميع الزوجات .

(فصل) وإن دعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحد في رواية
مينا : أنه يلحق بثلاثة ، ومنتهى هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا ،
قال أبو عبد الله بن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف
لأننا صرنا الى ذلك للأثر فيقتصر عليه ، وقال الناضى : لا يلحق بأكثر من ثلاثة
وهو قول محمد بن الحسن ، وروى ذلك عن أبي يوسف أيضاً .
ولنا أن المعنى الذي لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيمناس عليه وإذا

جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم إن إلحاقه بالاثنين على خلاف الأصل ممنوع وإن سلناه ، لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل لا يمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرام وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال أنه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزداد على ذلك فتحكم فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضى إلحاق النسب بهم فلم يحز الاقتصار عليه بالتحكم .

(فصل وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله : لم يرجع أحدهما بذكر علامة في جسده لأن ذلك لا يرجع به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال واللقيط ، وبضيع نسبه ، هذا قول أبي بكر وقد أوما إليه أحمد رحمه الله في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد إلى أن الابن يخبر أيهما أحب وهو قول أبي عبد الله بن حامد قال يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد ، وقال في القديم حتى يميز لقول عمر ، والأيها شئت ، ولأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره ، ولأنه مجهول نسبه أقرب به من هو من أهل الإقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد ، وقال أصحاب الرأي يلحق بالمدعين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن بهما وجب كما لو أقر له بمال .

ولنا أن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه ، وقولهم يميل بطبعه إلى قرابته ، قلنا إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبله ، ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكنه قد يميل إلى من أحسن إليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها وقد يميل إليه لإساءة الآخر إليه وقد يميل إلى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدراً أو جاهاً أو مالا فلا يبقى لليل أثر في الدلالة على النسب ، وقولهم أنه صدق المقر بنسبه ، قلنا لا يحمل له تصديقه فإن النبي (ص) لعن من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما إذا انفرد

فإن المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر ، وال من شئت ، فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فإنه إنما أمره بالموالاتة لا بالانتساب : وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما لو انتسب إلى أحدهما ثم عاد وانتسب إلى الآخر ونفى نسبه من الأول أو لم ينتسب إلى واحد لم يقبل منه لأنه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ، ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الآخر إذا اختاره فإنه لا حكم لقول الصبي وإنما تبع اختياره وشهرته فأشبه ما لو اشتهى طعاما في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر ، وإن قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لأنها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلأن تبطل الانتساب أولى ، وإن وجدت قافة بعد انتسابه فالحقته بغير من انتسب إليه بطل انتسابه أيضا لأنه أقوى فبطل به الانتساب كالبيئة مع قول القافة .

(فصل) وإن ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبنى على قبول دعوتهما ، فإن كانتا ممن لا تقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما . وإن كانت أحدهما ممن تسمع دعوتها دون الأخرى فهو ابن لها كالمنفردة به ، وإن كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما فهما في إثباته بالبيئة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين . قال أحمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا قاعدت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، فقيل يرى القافة ؟ فقال ما أحسنه ، ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته . والكافرة والمسلمة والحررة والأمة في الدعوى واحدة كما قلنا في الرجل . وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتهما ، وإن الحقته القافة بأمة لم يلحق بهما وبطل قول القافة لأننا نعلم خطاه يقينا . وقال أصحاب الرأي : يلحق بهما بمجرد الدعوى لأن الأم أحد الأبوين لجاز أن يلحق باثنين كالأباه .

ولنا أن كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما وفارق الرجلين فإن كونه منهما ممكن فإنه يجوز اجتماع النطقتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر ، قد اشتركا فيه ، ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه كما لم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه .

(فصل) فإن ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما ، لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطء شبهة فيلحق بهما جميعاً ويكون ابنيهما بهجرد دعواهما ، كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى ، وإن قال الرجل : هذا ابني من زوجتي ، وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل ، وهل ترجع زوجته على الأخرى ؟ يحتمل وجهين

أحدهما ترجع لأن زوجها أبوه ، فالظاهر أنها أمه ، ويحتمل أن يتساويا لأن كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها : فإذا اجتمعتا تساويتا

(فصل) وإن ولدت امرأتان ابناً وبناتاً ، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت ، احتمل وجهين

أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين ، فيلحق كل واحد منهما بمن الحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر

والثاني أن تعرض لبيتهما على أهل الطب والمعرفة ، فإن لبس الذكر يخالف لبس الأنثى في طبعه وزنته . وقد قيل لبس الابن ثقيل ولبس البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبسها لبس الابن فهو ولدها والبنت للأخرى ، فإن لم يوجد قافة اعتبرنا اللبس خاصة ، وإن تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو اثنيان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل)

ولو ادعى اللقيط رجلاً ، فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابني : نظرنا فإن كان ابناً فهو لدعيه : وإن كانت بنتاً فهي لدعيها ، لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وإن كان خنثى مشكلاً أرى القافة معهما ، لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى ، لأن بينة الكاذب منهما كاذبة ، ونجودها كعدمها ، والأخرى صادقة فيتعين الحكم بها

(فصل) وإذا وطئ رجلاً امرأة في طهر واحد وطئاً يلحق النسب بمثله فانت بولد يمكن أن يكون منهما ، مثل أن يطأ جارية مشتركة بينهما في طهر ،

أو يطا رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته، أو يدعو زوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر أو جاريتة، أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً : أو يكون نكاح أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً، مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطئها، أو يبيع جارية فيطوؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما، فإنه يرى القاعة معهما، فبأيهما الحقوه لحق، والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط.

(فصل)

وإذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة، وإن كانت مخالفة لظاهر الدار، فإن لم تكن له بينة فلا شيء له، لأنها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين

أحدهما أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق مخالفة له والثاني أن دعوى النسب تثبت بها حقاً للقيط ودعوى الرق تثبت حقاً عليه فلم تقبل بمجردهما، كما لو ادعى رق غير اللقيط، فإذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى، وإن كانت له بينة لم تخل إما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة، فإن شهدت بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وإن شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحد، لأنه عما لا يطلع عليه الرجال، ثم ننظر فإن شهدت البينة باليد، فإن كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لأننا عرفنا سبب يده، فإن كانت لاجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك، وإن شهدت بالملك فقالت : نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها، وإن لم تذكر سبب الملك، كما لو شهدت بملك دار أو ثوب، فإن شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لأن أمته لا تلد في ملكه إلا ملكه

وإن شهدت أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك بذلك كقولها في ملكه لأن أمته ملكه فمأواها ملكه كسمنها، واحتمل أن لا يثبت الملك لأنه يجوز أن تلده قبل ملكه لها فلا تكون له وهو ابن أمته .
(فصل) وإن ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع كلف إجابته فإن أنكر

ولا بينة للدعى لم تقبل دعواه وإن كانت له بينة حكم له بها ، فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته ، لأنه بان أنه تصرف بغير إذن سيده ، وإن لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا فإن كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله ، وإن لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين

أحدهما يقبل ، وهو قول أصحاب الرأي لأنه مجهول الحال أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق ، كما لو أقر بتصاص أو حد فإنه يقبل وإن تضمن ذلك فوات نفسه . ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما ذكرنا ، ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه . لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلا ، وهذا قول القاسم وابن المنذر ، وللشافعي وجهان كما ذكرنا

فإن قلنا يقبل إقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني ، وهو أحد قولي الشافعي لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله ، كما لو قال لفلان علي ألف درهم ولى عنده رهن . ويحتمل أن يقبل إقراره في الجميع . وهو القول الثاني للشافعي لأنه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة . ولأن هذه الأحكام تبع للرق ، فإذا ثبت الأصل بقواه ثبت التبع ، كما لو شهدت امرأة بالولادة تثبت ويثبت النسب تبعاً لها ، وأما إن أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً ، وإن كذبه بطل إقراره ، ثم إن أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز . وقال بعض أصحابنا : يتوجه أن لا يسمع إقراره الثاني ، لأن إقراره الأول تضمن الاعتراف بنبي مالك له سوى هذا المقر ، فإذا بطل إقراره برد المقر له بقى الاعتراف بنبي مالك له غيره ، فلم يقبل إقراره بما نفاه ، كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع إقراره ثانياً ، كما لو أقر له بشوب ثم أقر به لآخر بعد رد الأول ، وفارق الإقرار بالحرية فإن إقراره بها لم يبطل ولم يرد .

فصل

إذا قلنا إقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن كان ذكراً فإن كان قبل الدخول فسد نكاحه في حقه لأنه مقرر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ، ولها عليه نصف المهر ، لأنه حق عليه فلم يسقط بقوله ، وإن كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضاً ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا ، لأن الزوج يملك الطلاق فإذا أقر بما يوجب العرقه لزمته وولده حر تابع لأمه ، وإن كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته ، لأن ذلك من جنائياته ويضديه سيده أو يسله وإن كان في يده كسب استوفى المهر منه لأنه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة إلى إمرأته ، فلا ينقطع حقها منه بإقراره .

وإن قلنا يقبل قوله في جميع الأحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم تكن مدخولاً بها ، وإن كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه في إحدى الروايتين والأخرى خمسه ، وإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح في حقه : وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها لإقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول ، وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الأقل من المسمى أو مهر المثل ، لأن المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه ، وإن كان الأقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد : فيجب هنا المسمى قل أو أكثر لاعتراف الزوج بوجوبه ، وأما الأولاد فأحرار ولا تجب قيمتهم ، لأنه لو وجب لوجب بقولها ، ولا يجب بقولها حق على غيرها ، ولا يثبت الرق في حق أولادها بإقرارها ، فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها ، فإن اخترت المقام على ذلك فاقم وإن شئت ففارقها : وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان أفساداً للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الامه لا تعتبر في استدامة العقد ، إنما تعتبر في ابتدائه .

فإن قيل : فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج ؟

قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه : فأما الحكم في المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها ؛ فإن طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج ، بدليل أنها لا تجب الا بالدخول وسببها النكاح السابق ، فلا يقبل قولها في تنقيصها ، وإن مات اعتدت عدة الامة : لأن المذهب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها ، ومن قال بقبول قولها في جميع الأحكام ، فهذه أمة قد تزوجت بغير إذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما ، وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير إذن سيدها على ما ذكر في موضعه . وهل ذلك مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان ، وتعتد حيضتين لانه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لا اعتقاده حريتها ، فانه مغرور بحريتها وعليه قيمتهم يوم الوضع ، وإن مات عنها لم تجب عدة الوفاة .

(فصل)

وإن كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدي عما في يديه وما فضل عليه في ذمته ، لأن معاملته لا يعترف برفقه ، ومن قال بقبول اقراره في جميع الأحكام قال بفساد عقودها كلها وأوجب رد الأعيان إلى أربابها إن كانت باقية ، وإن كانت تالفة وجبت قيمتها في رقبته إن قلنا إنما استدان العبد بغير إذن سيده فهو في رقبته ، وإن قلنا بأن استدانة العبد في ذمته فهذا كذلك ويتبع به بعد العتق لانه ثبت رضي صاحبه .

(فصل) وإن كان قد جنى جناية موجهة للقصاص فعليه القود حراً كان المجنى عليه أو عبداً لأن اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما إذا كان المجنى عليه عبداً أو حراً فقبل اقراره فيه ، وإن كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته لأن ذلك مضر به ، فإن كان أرشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه : وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة ، لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه .

وقيل تجب الزيادة في بيت المال لأن ذلك كان واجبا للمجنى عليه فلا يقبل

قوله في اسقاطه ، وان جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حرا سقط لأن الحر لا يقاد منه للعبد وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص : وان كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أقل الامرين وان كان مساويا للواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده ، وان كان الواجب يكثر لكون قيمته عبدا أكثر من دينه حرام لم يجب الا أرش الجنابة على الحر ، ومن قبل قوله في الاحكام كلها اوجب أرش الجنابة على العبد ، وان كان الارش تحمله العاقلة اذا كان حرا سقط عن العاقلة ولم يجب على الجاني ، لان اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في ايجابه على الجاني فسقط : وقيل لا يتحول عن العاقلة ، ومن قال لا يقبل اقراره في الاحكام كلها اوجب الارش على الجاني .

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية ، مثل العطايا جمع عطية ، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت ، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع .
اما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية) وقال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) .

واما السنة فروى سعد بن أبي وقاص قال : جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغني من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفانصدق بثلتي مالي ؟ قال لا ، قلت فبالشطر يا رسول الله ؟ قال لا ، قلت فالثلث ؟ قال لا ، قلت فالثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ، .

وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده ، متفق عليهما ، وروى أبو امامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، رواه سعيد وأبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن صحيح ، وعن علي رضي الله عنه قال : انكم تقرأون هذه الآية (من بعد

وصية يوصي بها أو دين . وأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية ، ورواه الترمذى ، وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية .
 (فصل) ولا تجب الوصية الا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصى بالخروج منه ، فإن الله تعالى فرض أداء الامانات ، وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه : فاما الوصية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور ، وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم .

وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصية غير واجبة الا على من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير اشهاد الا طائفة شذت فأوجبتها . روى عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر ، وقيل لا يبي مجلز : على كل ميت وصية ؟ قال ان ترك خيراً . وقال ابو بكر عبد العزيز : هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول داود . وحكى ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير ، واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا : نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين وبقيت فبمن لا يرث من الأقربين

ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً : ولأنها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت كعطية الاجانب : فاما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) وقال ابن عمر : نسخها آية الميراث ، وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي : وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى أنها نسخت بقول النبي صلى الله عليه وسلم ، ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب أو عنده وديعة

فصل

وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً ، لأن الله تعالى قال (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث ، وقد روى عن ابن عمر قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : يا ابن آدم جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بكفلك لا تطهرك وأزكك ،

وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم ، رواهما ابن ماجه . وقال الشعبي : من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل ما لو أعطاه . وهو صحيح ، وأما الفقير الذى له ورثة محتاجون فلا يستحب له أن يوصى ، لأن الله تعالى قال فى الوصية (ان ترك خيراً) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لسعد : انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ، وقال : ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ، وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصى : انك لن تدع طائلاً انما تركت شيئاً يسيراً فدعه لورثتك : وعنه أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة . وروى عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً قال لها : لى ثلاثة آلاف درهم وأربعة اولاد أفأوصى ؟ فقالت : اجعل الثلاثة للأربعة ،

وعن ابن عباس قال : من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية . وقال عروة : دخل على علي صديق له يعود ، فقال الرجل : انى أريد أن أوصى ؟ فقال له : ان الله تعالى يقول (ان ترك خيراً) وانك انما تدع شيئاً يسيراً فدعه لورثتك . واختلف أهل العلم فى القدر الذى لا تستحب له المالكه ، فروى عن احمد اذا ترك دون الالف لا تستحب الوصية . وعن علي أربعمائة دينار . وقال ابن عباس : اذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصى . وقال : من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً . وقال طاوس : الخير ثمانون ديناراً . وقال النخعي : ألف وخمسمائة . وقال أبو حنيفة . القليل أن يصيب أقل الورثة سهماً خمسون درهماً ، والذى بقوى عندي انه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية ، لان النبي صلى الله عليه وسلم علل المنع من الوصية بقوله : ان ترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ، ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبى ، فمتى لم يبلغ الميراث غنام كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم ، فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة فى كثرتهم وقلتهم

وغناهم وحاجتهم ، فلا يتقيد بقدر من المال والله أعلم ، وقد قال الشعبي : ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وان كان غنيا ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « والثلث كثير » قال ابن عباس : لو أن الناس غصوا من الثلث فان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الثلث كثير » متفق عليه . وقال القاضي وأبو الخطاب : ان كان غنيا استحب الوصية بالثلث

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسعد : « والثلث كثير » مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله ، فانه قال في الحديث : ان لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي وروى سعيد بن خالد ثنا بن عبد الله حدثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال : مرضت مرضاً فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي : « أوصيت ؟ » فقلت : نعم . أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله . فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أوص بال عشر » فقلت يا رسول الله ان مالي كثير وورثتي أغنياء : فلم يزل رسول الله صلى الله عليه وسلم يناقصني وأناقصه حتى قال : « أوص بالثلث والثلث كثير » وقال أبو عبد الرحمن لم يكن أحد منا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول النبي (ص) « الثلث والثلث كثير » اذا ثبت هذا : فالأفضل للغي الوصية بالخمس ، ونحو هذا يروى عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما ، وهو ظاهر قول السلف وعلماء أهل البصرة ، ويروى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيع فقال : يا أمير المؤمنين : أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني أعراب موالي كلاله منزوح نسبهم أفأوصي بمالي كله ؟ قال : لا . قال : فلم يزل يحط حتى بلغ العشر .

ونال اسحاق : السنة الربع الا أن يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها فله استيعاب الثلث .

ولنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالخمس وقال : رضيت بما رضي الله به لنفسه ، يعني قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسة) وروى أن أبا بكر وعلياً رضي الله عنهما أوصيا بالخمس ، وعن علي رضي الله عنه أنه قال : لان أوصى بالخمس أحب الي من الربع . وعن ابراهيم قال : كانوا يقولون

صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال . كان الخمس أحب إليهم من الثلث فهو منتهى الجامع ، وعن العلاء ابن زياد قال : أوصى أبي أن أسأل العلماء أى الوصية أعدل فما تتابعوا عليه فهو وصيته ؟ فتتابعوا على الخمس .

(فصل)

والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم ، قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء ، علت في ذلك إذا كانوا ذوى حاجة ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا وصية لوارث ، وبقي سائر الأقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب . وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآت المال على حبه ذوى القربى) فبدأ بهم ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل فكذلك بعد الموت فإن أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول أكثر أهل العلم . منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي .

وحكى عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا : ينزع عنهم ويرد إلى قرابته . وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : للذي أوصى له ثلث الثلث والباقي يرد إلى قرابة الموصى لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقي رد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله . ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة ، فأجاز العتق في ثلثه لغير قرابته ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة .

، مسألة ، قال (ولا وصية لوارث إلا أن يحيز الورثة ذلك)

وجملة ذلك أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية فلم يحجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء ، قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا

وجاءت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ، فروى أبو أمامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى ، ولان النبي (ص) منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك وامكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم في حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى : وان أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء .

وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، وان أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد في روايه حنبل : لا وصية لوارث ، وهذا قول المزنى وأهل الظاهر وهو قول للشافعى ، واحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا وصية لوارث ، وظاهر مذهب أحمد والشافعى أن الوصية صحيحة في نفسها ، وهو قول جمهور العلماء لانه تصرف صدر من أهله في عله فصح كما لو وصى لاجنبى والخبر قد روى فيه : إلا أن يحيز الورثة ، والاستثناء من التنى إثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الاجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة او لازمه او ما اشبه هذا او يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة .

وفائدة الخلاف ان الوصية إذا كانت صحيحة فأجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضه يكفى فيها قول الوارث اجزت او امضيت او نفذت ، فإذا قال ذلك لزم الوصية ، وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبه مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ، ولو رجع المحيز قبل القبض فما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

(فصل) وان اسقط عن وارثه ديناً او وصى بقضاء دينه او اسقطت المرأة صداقها عن زوجها او عفى عن جنايه موجبا المال فهو كالوصية ، وان عفى عن القصاص وقتلنا الواجب القصاص عينا سقط الى غير بدل ، وان قلنا : الواجب أحد شئتين سقط القصاص ووجب المال ، وان عفى عن حد القذف

سقط مطلقا ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك إن وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفي ديونه منها .

ولنا أنه وصى لأجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان إلى وارثه ، وإن وصى لولد وارثه صح فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يحز فيما بينه وبين الله تعالى قال طاوس في قوله عز وجل فمن خاف من موص جنفا أو إثما قال : أن يوصى لولد ابنته وهو يريد ابنته ، رواه سعيد ، قال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر .

(فصل) وإن وصى لكل وارث بعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبنتاً وعبدًا قيمته مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بعبده ولابنته بأمته احتمل أن تصح الوصية لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح إذا كان ذلك بشئ المثل ، وإن تضمن فوات عين المال احتمل أن تقف على الاجازة لأن في الأعيان غرضا صحيحا وكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه لا يجوز من عينه .

(فصل) وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وبهذا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي وحكاه الخبري مذهباً للشافعي ولا خلاف بين هؤلاء في أنه إذا ملكه بالميراث أنه يعتق ويترث ، وقال أبو حنيفة : إن حله الثلث عتق وورث والاسعى فيما بقى عليه ولم يرث ولم يفرق بين أن يملكه بعوض أو غيره ، وقال أبو يوسف ومحمد يحتسب ميراثهم من قيمتهم فإن فضل شيء أخذه وإن فضل عليهم شيء سعوا فيه .

ولنا أن المريض لم يضع فيهم شيئا من ماله وإنما تعاطى سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال بغير ازالته فلم يحتسب عليه من ثلثه ، كما لو أتهب شيئا فرجع الواهب فيه قبل قبضه ، أو اشترى شيئا فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائع أو وجد بالثمن عيبا ففسخ البيع أو تزوجت المرأة فطلقت قبل الدخول ، وإذا لم تكن وصية لم تحتسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث كما لو ملكه بالميراث عند من سله ، أو كما لو

كان ذلك في صحته ، فإن ملكه بعوض كالشراء لحكى الخبرى عن أحمد أنه يعتق ويرث ، وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة .

وقال القاضى فى المجرى : ان ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث والا عتق منه بقدر الثلث ، وهذا قول مالك ، وقال الخبرى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وحكى غيره عن الشافعى أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض أو غيره ، وأنه ان خرج من الثلث عتق والا عتق منه بقدر الثلث ، ولا يرث فى الحالين لأنه لو ورث لكان اعتاقه وصية لو ارث فيبطل عتقه ، ويبطل ميراثه لبطلان عتقه فيؤدى توريثه الى ابطال توريثه ، فصحبنا عتقه ولم نورثه لثلا يفضى الى ذلك ، ومذهب أبى حنيفة وصاحبيه فى هذا كذهبهم فيما اذا ملكه بغير عوض . ولنا على اعتاقه قول النبى صلى الله عليه وسلم : من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، ولأنه ملك وجد معه ما ينافى فبطل كملك النكاح مع ملك الرقة أعنى فيما اذا اشترى أحد الزوجين صاحبه ، واذا أعتق ورث لأنه وجد سبب الميراث عرياً عن الموانع فورث كما لو ورثه .

وقولهم ان عتقه وصية لا يصح لأن الوصية فعله ، والعتق مهنا يحصل من غير اختياره ولا ارادته ؛ ولأن رقة المعتق لا تحصل له وإنما تلف ماله ونزول فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقة ، أو كإتلاف بعض ماله فى بناء مسجد ، مثال ذلك مريض وهب له ابنة فقبله بقيمته مائة ، ثم مات المريض وخلف ابناً آخر ومائتين فإنه يعتق ويقاسم أخاه المائتين فى قول الأكثرين ، وعند الشافعى فيما حكى عنه غير الخبرى يعتق ولا يرث شيئاً ، وعند صاحبى أبى حنيفة يعتق وله نصف التركة يحسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون ، وان كان باقى التركة خمسين فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك ، وعند أبى حنيفة يعتق نصفه ويسمى فى باقىه والخمسون كلها لأخيه ، وقال صاحباه : تعتق ثلاثة أرباعه ، وعند الشافعى فى قول غير الخبرى يعتق نصفه ويرقى نصفه . ونصفه الرقيق والخمسون كلها لأخيه

وان كان باقى التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة وخمسون ، وعند الشافعى يعتق ولا يرث شيئاً ، وعند صاحبى أبى حنيفة يعتق وله مائة ، فإن كان اشترى ابنة بمائة ومات وخلف ابناً آخر ومائة أخرى فعلى الرواية الأولى يعتق ويقاسم

أخاه المائة الباقية ، وعلى ما حكاه القاضي يعتق منه ثلثاه ويرث أربعين ويعتق باقية
على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئا لأن عتقه حصل بعد موت أبيه ، وعند الشافعي
يعتق ثلثاه ولا يرث .

وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثاه ويسعى في باقية ولا يرث ، وعند صاحبيه يعتق
كله ولا يرث شيئا فإن كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أو حابا به لم يعتق لأن
الثلث قد ذهب .

(فصل) وإن ملك من ورثته من لا يعتق عليه كبنى عمه فأعتقهم في مرضه
فعتقهم وصية لأنه حصل بفعله واختياره وحكمهم في العتق حكم الأجانب إن خرجوا
من الثلث عتقوا وإلا عتق منهم بقدر الثلث ، وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوا ، لأنهم
لو ورثوا لكانت وصية لو ارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم ، وقد قال
أبو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته عتق ولم
يرث ، وهذا في معنى ما ذكرنا لأن إقراره لو ارث غير مقبول فنحننا ميراثه ليقبل
إقراره له بالاعتاق .

فصل

مريض اشترى أباه بالف لا مال له سواء فعل رواية الخبرى يعتق كله ،
وعلى القول الآخر يعتق ثلثه على المعتق ويعتق باقية على ابنه وهذا قول مالك ،
وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى للابن في ثلثيه ، وعلى قول صاحبيه يعتق سدسه
ويسعى في خمسة أسداسه ، وقيل على قياس قول الشافعي يفسخ الشراء إلا أن يجيز
الابن عتقه وقيل يعتق ثلثه ويفسخ البيع في ثلثيه ، وإن خلف ألفين سواء عتق
وورث سدسها وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وفي قول صاحبيه يعتق نصفه ويسعى
في قيمة نصفه .

(فصل) وإذا وهب الإنسان أبوه أو وصى له به استحباب له أن يقبله ولم
يجب ، وهذا قول الشافعي ، ويحتمل أن يجب عليه قبوله لأن فيه اعتاقا لأبيه من
غير التزام مال .

ولنا أنه استجلاب ملك على الأب فلم يلزمه كالأب بطل له بعوض أو كالأب بطل
له ابنه أو غيره من أقاربه ، ولأنه يلزمه ضرر بلحقق المنه به وتلزمه نفقته وكسوته .

(فصل) إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلته فأجاز سائر الورثة وصية الوارث
 فالثلث بينهما ، وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة
 وصية الوارث جازت الوصية لهما ، وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين
 وللأجنبي السدس في الأولى والمعين الموصى له به في الثانية ، وهذا قول مالك
 والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم .

وإن كانت الوصيتان بثلتي ماله فأجاز الورثة لهما جازت لهما ، وإن عینوا
 نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كاملاً لأنهم خصوا الوارث بالابطال
 فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له ، وإن أبطلوا
 الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل
 واحد منهما السدس ، هذا الذي ذكره القاضى وهو قول مالك والشافعي ، وذلك
 لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين : فيكون لكل واحد
 منهما الثلث ، فإذا أبطلوا نصفهما بالرد كان البطلان راجعاً إليهما وما بقي منهما
 بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد ، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي ،
 وحكى نحو هذا عن أبي حنيفة لأنهم لا يقدرّون على ابطال الثلث فمادون إذا كان
 للأجنبي ، ولو جعلنا الوصية بينهما للملكوا ابطال ما زاد على السدس ، فإن صرح
 الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه في وصيتكما ، أو قالوا
 رددنا من وصية كل واحد منكنا نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد في جعل
 السدس لكل واحد منهما لتصريحهم به . وإن قالوا أجزنا وصية الوارث كلها
 ورددنا نصف وصية الأجنبي فهو على ما قالوا ، لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا
 عليهما ، فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر ، وإن أجازوا للأجنبي
 جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا ، وإن أرادوا أن
 ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك ، سواء أجازوا للوارث
 أو ردوا عليه ، فإن ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فعلى قول
 القاضى لهم ذلك ، لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد
 منهما نصفه ثم إذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الإجازة

للوارث وعلى قول أبو الخطاب يتوفر الثلث كله للأجنبي لانه انما ينقص منه بمزاحة الوارث ، فإذا زالت المزاحة وجب توفير الثلث لانه قد أوصى له به ، ولو خلف ابنين ووصى لهما بثلثي ماله ولاجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب عندى للأجنبي الثلث كاملا وعند القاضى له التسع ويحى فيه من الفروع مثل ما ذكرنا فى التى قبلها .

(فصل) وان وصى بثلثه لوارث وأجنبي وقال ان ردوا وصية الوارث فالثلث كله للأجنبي كما وصى وان أجازوا للوارث فالثلث بينهما لان الوصية تتعلق بالشرط ، ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فإن مات قبل فهو لفلان صح ، وان قال وصيت بثلثي لفلان فإن قدم فلان الغائب فهو له صح فإن قدم الغائب قبل موت الموصى صار هو الوصى وبطلت وصية الاول سواء عاد الى الغيبة أو لم يعد لانه قد وجد شرط انتقال الوصية اليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وان مات الموصى قبل قدوم الغائب فالوصية للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم ، ذكره القاضى لان الوصية ثبتت لوجود شرطها فلم تنتقل عنه كما لو لم يقدم . ويحتمل أن الغائب ان قدم بعد الموت كانت الوصية له لانه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك .

(فصل) وان وصى لوارث فأجاز بعض باقى الورثة الوصية دون البعض نفذ فى نصيب من أجاز دون من لم يجز ، وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجزوا ، فإن أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك ، فلو خلف ثلاثة بنين وعبد لا يملك غيره فوصى به لأحدهم أو وهبه إياه فى مرض موته وأجازه له أخواه فهو له ، وان أجاز له أحدهما وحده فله ثلثاه ، وان أجاز له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه ، وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف كاملا : الثلث نصيبه والسدس من نصيب المجيز ، وان أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان ، وان أجاز له أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلاثة أرباع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد ، وان وصى بالعبد لاثنتين منهما فالثالث أن يجيز لهما أو يرد عليهما ، أو يجيز لهما بعض وصيتهما ان شاء متساويا وان شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لأحدهما جميع

وصيته والآخر بعضها فكل ذلك جائز لأن الحق له فكيفما شاء فعل فيه .

« مسألة ، قال (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك

الورثة بعد موت الموصى جاز ، وإن لم يجوز وارد إلى الثلث)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على

الثلث يقف على إجازتهم ، فإن أجازوه جاز وإن ردوه بطل في قول جميع العلماء .

والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد حين قال أوصى بمالي كله ؟

قال « لا ، قال فبالثلثين ؟ قال « لا ، قال فبالثلث قال

« الثلث والثلث كثير ، وقوله عليه السلام « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم

عند مماتكم ، يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه ، وحديث عمران بن حصين في

المملوكين الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم ، فدعا بهم النبي (ص)

لجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولا شديدا ،

يدل أيضا على أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث إذا لم يجز الورثة ، ويجوز بإجازتهم

لأن الحق لهم ؛ والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث كالقول في الوصية

لوارث على ما ذكرنا .

وهل إجازتهم تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث

والخلاف فيه مبنى على أن الوصية به أو العطية في مرض الموت المخوف صحيحة

موقفه على الإجازة أو باطله ، فظاهر المذهب أنها صحيحة وأن الإجازة تنفيذ

بمجرد يكتفى فيه قول المجيز أجزت ذلك أو أنفذته أو نحوه من الكلام ولا يفتقر

إلى شروط الهبة ، ويتفرع عن هذا الخلاف أنه لو أعتق عبدا لا مال له سواء في

مرضه أو وصى بإعتاقه فأعتقوه بوصيته فقد نفذ العتق في تلكه ووقف عتق باقيه

على إجازة الورثة ، فإن أجازوه عتق جميعه ، واختصر عصبات الميت بولائه كله

إذا قلنا بصحة إعتاقه ووصيته ، وإن قلنا هي باطله والإجازة عطية مبتدأة اختصر

عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لأنهم

باشروه بالإعتاق ، وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم أعتق أو وصى

بالإعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا .

ولو أوصى لابن وارثه بعد تبرعه بثلث ماله أو أعطاه عطية في مرضه فأجاز
أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فيها أجازته فله ذلك إن قلنا هي عطية مبتدأة
وليس له ذلك على القول بأنها إجازة مجردة ، ولو تزوج رجل ابنة عمه فأوصت
له بوصية أو عطية في مرض موتها ، ثم ماتت وخلفته وأباه ، فأجاز أبوه وصيته
وعطيته فالحكم فيه على ما ذكرنا

ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح إن قلنا إجازتهم تنفيذ
ولم يصح إن قلنا هي عطية مبتدأة ، ولأنهم يكونون واقفين على أنفسهم ، ولا فرق
في الوصية بين المرض والصحة . وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال : إن أوصى في
المرض فهو من الثلث ، وإن كان صحيحا فله أن يوصي بما شاء . يعني به العطية .
قاله القاضي . أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فلا يجوز منها إلا الثلث على كل حال

فصل

ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي ، فلو أجازوا قبل ذلك ثم
ردوا ، أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته
ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلم يرد ، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو
مرضه . نهر عليه أحمد في رواية أبي طالب . وروى ذلك عن ابن مسعود ، وهو
قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن صالح والشافعي وأبي ثور وابن
المنذر وأبي حنيفة وأصحابه

وقال الحسن وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة
والأوزاعي وابن أبي ليلى : ذلك جائز عليهم ، لأن الحق للورثة فإذا رضوا بتركه
سقط حقهم ، كما لو رضى المشتري بالعيب . وقال مالك : إن أذنوا له في صحته فلم
أن يرجعوا ، وإن كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم .
ولنا أنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم ، كالمرأة إذا أسقطت
مداقها قبل النكاح أو أسقطت الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ، ولأنها حالة لا يصح
فيها رد دم الوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية

(فصل) وإذا وصى بأكثر من الثلث فأجاز الوارث الوصية وقال إنما أجزتها

ظناً أن المال قليل فبان كثيراً ، فإن كانت للوصي بينة تشهد باعتباره بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله إلا على قول من قال الإجازة هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله ، وإن لم تشهد بينة باعتباره بذلك فالقول قوله مع يمينه ، لأن الإجازة تنزل منزلة الإبراء فلا يصح في المجهول والقول قوله في الجمل به مع يمينه ، لأن الأصل عدم العلم ، ويحتمل أن لا يقبل قوله لأنه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره ، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار ، وإن أوصى بمعين كعبد أو فرس يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلاً أو ظهر عليه دين لم أعلمه لم تبطل الوصية لأن العبد معلوم لا جهالة فيه ، ويحتمل أن يملك الفسخ لأنه قد يسمع بذلك ظناً منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه ، فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة فملك الرجوع كالمسألة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف ، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الإجازة منهم لأنها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة ، وأما المحجور عليه لفلس ، فإن قلنا الإجازة هبة لم تصح منه لأنه ليس له هبة ماله وإن قلنا هي تنفيذ صحت .

مسألة ، قال (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصى حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لان اعتبار الوصية بالموت)

لأنعلم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت ، فلو أوصى لثلاثة أخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بالإجازة من الورثة . وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعاً من غير إجازة إذا لم تتجاوز الوصية الثلث ، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لأخيه من أبيه وأخيه من أمه فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما نصفين ، ولا يجوز للأخ من الأبوين لأنه وارث ، وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وغيرهم ، ولا نعلم عن غيرهم خلافاً . ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته

لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه ، فإن مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب أيضا لأنه صار وارثا (فصل) ولو أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما إلا بإجازة من الورثة ، وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لأنه صمد غير وارث ، إلا أنه إن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لأنه يتم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية فلم ينفذ لها ذلك ، كما لو طلقها في مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث

(فصل)

وإن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف فعليه ، وإن أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذي عن أحمد أنها تعتق وترث ، وهذا اختيار أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة لأنها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد في حقها مانع من موانع الإرث وهي الرق والقتل واختلاف الدين فترث ، كما لو كان أعتقها في صحتها

وقال الشافعي : تعتق ولا ترث ، لأنها لو ورثت لكان اعتاقها وصية أو ارث فيؤدي تورثها إلى إسقاط تورثها ، لأن ذلك يقتضي إبطال عتقها فيبطل نكاحها ثم يبطل ارثها ، فكان إبطال الارث وحده وتصحيح العتق والنكاح أولى

(فصل) وإن أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر فإن مات ولم يملك شيئا آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها ، فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيان ، فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء ونصف نبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شيء للبيت سواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي للورثة ، وإن أحب الورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها وهو سبعة ويعتق منها سباعها ويسترقوا خمسة أسباعها فلم ذلك . وهذا مذهب الشافعي

وقال أبو حنيفة : يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي وتسمى فيما بقي وهو ثلث قيمتها ، فإن كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها ، لأن نصفها هو ثلث المسال ، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها ، وإنما قل العتق فيها لأنها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها .

وحسابها أن تقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء وللورثة شئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها قال شيء سباعها وسبعها نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المسال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه ، فإن كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها ، وإن كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها ، وذلك يعدل مثل ما عتق منها .

وحسابها أن تجعل السبعة الأشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعة الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها ؛ وإن كان يملك معها مثل قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لأنها تخرج من الثلث إن أسقطت مهرها ، وإن أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها ، فإن كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضى بعقها ونكاحها ولا مهر لها لأن إيجابه يقضى إلى إسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها بإسقاطه وحده أولى ، وإن كان قد دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سباعها ونكاحها ، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كما لو تزوجها ، وهذا مذهب الشافعي .

وذكر القاضي في مثل هذه المسألة التي قبل الأخيرة ما يقتضي صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها ، فإنه قال فيمن أعتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح ، لأن المائتين صدق مثلها ، وتزويج المريض بمهر المثل صحيح نافذ ، وهذا غير جيد فإن ذلك يقضى إلى نفوذ العتق في المرض من جميع المال ولا أعلم به قائلا ؛ ولو أنه أتلف المائتين أو أصدقهما لامرأة اجنبية ومات ولم يخلف شيئا لبطل عتق

ثلاثي الامة فاذا اخذتهما هي كانت اولى في بطلانه ، والصحيح ما ذكرنا
إن شاء الله تعالى .

وقال ابو حنيفة فيما إذا ترك مثل قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطى مهرها
وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسمى في سدسها
الباقي ويطلق نكاحها ، فأما إن خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها
وصداقها في قول الجميع ، لأن ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا
وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : لا ترث ، وهو مقتضى قول الحرق لأنها
لو ورثت لكان عتقها وصيه لو ارث واعتبار الوصيه بالموت .

(فصل)

ولو أن امرأة مريضة اعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم
ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة
فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون ، وهذا
مذهب أبي حنيفة : وقال صاحباه تحسب عليه قيمته أيضاً وتضم إلى التركة ويبقى
للورثة ستون ، وقال الشافعي : لا يرث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا
يكون إعتاقه وصيه لو ارث ، وهذا مقتضى قول الحرق إن شاء الله تعالى .

(فصل) ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك
غيرها ثم مات وورثته بطلت المحاباة لأنها وصيه لو ارث ولها صداقها وربع الباقي
بالميراث ، فإن مات قبله صححت المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو
خمس مائة وبالمحاباة يبقى للورثة الزوج خمسة الأشياء ثم رجع إليهم نصف ماله
وهو ديناران ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين
أجبر وقابل يتبين أن الشيء ثلاثة فيكون لورثتها أربعة ولورثته ستة وإن خلقت
مع ذلك دينارين عاد إلى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء فصار له ثمانية
ونصف إلا نصف شيء أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته
سبعة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمسة .

(فصل) وإذا أوصى بجارية لزوجها الحر قبلها انقسخ النكاح ، لأن النكاح
لا يجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب أن الموصى له إنما يملك بالقبول لحبثه

ينفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر أنه إذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتا من حين موت الموصى فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصى ، وإن أتت بولد لم تخل من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن تكون حاملا به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر منذ أوصى : فالصحيح أنه يكون موصى له معها لأن الحمل حكما ، ولهذا تصح الوصية به ، وإذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصية به مع أمه فيصير كما لو كان منفصلا فأوصى بهما جميعا ، وفيه وجه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وإنما ثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا أن انفصل في حياة الموصى فهو له كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وإن انفصل بعده فهو للموصى له .

(الحال الثاني) أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصى ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لأنها ولدت له لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل أنها حملته بعدها فلم يتناولها والأصل عدم الحمل حال الوصية فلا تثبته بالشك فيكون مملوكا للموصى إن ولدت في حياته وإن ولدت بعده وقلنا للحمل حكم فكذلك ، وإن قلنا لا حكم له فهو للورثة إن ولدت قبل القبول ولا بينة إن وضعت بعده ، وكل موضع كان الولد للموصى له فإنه يعتق عليه لأنه ابنه وعليه ولاء لآبيه لأنه عتق عليه بالقرابة وأمّه أمة ينفسخ نكاحها بالملك ولا تصير أم ولد لأنها لم تعلق منه بحر في ملكه .

(الحال الثالث) أن تحمل بعد موت الموصى وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لاكثر من ستة أشهر من حين الموت فإن وضعت قبل القبول أيضاً فهو للوارث في ظاهر المذهب لأن الملك إنما ثبت للموصى له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له وإن وضعت بعد القبول فكذلك لأن الظاهر أن الحمل حكما فيسكون حادثا عن ملك الوارث ، وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لأنها أم ولد لكونها علفت منه بحر في ملكه فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال أبو حنيفة إذا وضعت بعد موت الموصى دخل في الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن تسرى إلى الولد كالاستيلاد .

ولنا أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وإذا أوصى بعق جارية فولدت ، وتفارق الاستيلاد لأن له تغليبا وسراية وهذا التفريع فيما إذا خرجت الجارية من الثلث وإن لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث ، انفسخ النكاح لأن ملك بعضها يفسخ النكاح كذلك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فإنه يكون له منه ههنا بقدر ما ملك من أمه ويسرى العتق إلى باقيه إن كان موسراً ، وإن كان معسراً فقد عتق منه ماملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فإنها تصير أم ولد ههنا سواء كان موسراً أو معسراً على قول الخرق كما إذا استولد الأمة المشتركة : قال القاضي : تصير منها أم ولد بقدر ما ملك منها ، وهذا مذهب الشافعي والله أعلم .

مسألة ، قال (فإن مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية)

هذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الزهري وحامد بن أبي سليمان وربيعه ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء إذا علم الموصى بموت الموصى له ؛ ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له ، لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول .

ولنا أنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلم تصح ؛ كما لو وهب ميتاً وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً ، وإن سلمنا صحتها ، فإن العطية صادفت حياً بخلاف ما سلمنا .

(فصل) ولا تصح الوصية لميت ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك إن علم أنه ميت فهي جائزة ، وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه ، لأن الغرض نفعه بها ، وبهذا يحصل له النفع فأشبهه مالهو كان حياً .

ولنا أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له إذا لم يعلم حاله فلم تصح إذا علم حاله كالبيمة ، وفارق الحي فإن الوصية تصح له في الحالين ، ولأنه عقد يفتقر إلى القبول فلم يصح للميت كالهبة .

إذا ثبت هذا : فإذا أوصى بثلاثة أو بمائة لاثنين حي وميت فللحي نصف الوصية

سواء علم موت الميت أو جهله ، وهذا قول أبي حنيفة وإسحاق والبصريين ، وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد : إذا قال هذه المائة لفلان وفلان فهي للحي منهما ، وإن قال بين فلان وفلان ، فوافقنا الثوري في أن نصفها للحي ، وعن الشافعي كالْمُذْهِبَيْنِ ، وقال أبو الخطاب عندى أنه إذا علم ميتا فالجميع للحي ، وإن لم يعلمه ميتا فالحي النصف .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول ، فإنه قال في روايته ابن القاسم إذا أوصى لفلان وفلان بمائة فإن أحدهما ميتا ، فالحي خمسون فقبل له ، أليس إذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفلان ؟ فقال : وأى شيء يشبه هذا الحائط له ملك ؟ فعلى هذا إذا شرك بين من تصح الوصية له ومن لا تصح مثل أن يوصى لفلان وللملك وللحائط أو لفلان الميت ، فالوصى به كله لمن تصح الوصية له إذا كان عالما بالحال ، لأنه إذا شرك بينهما في هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له ، وإن لم يعلم الحال فلمن تصح الوصية له نصفها لأنه قصد إيصال نصفها إليه ، وإلى الآخر النصف الآخر ظنا منه أن الوصية له صحيحة ، فإذا بطلت الوصية في حق أحدهما صححت في حق الآخر بقسطه كتفريق الصفقة ووجه القول الأول : أنه جعل الوصية لإثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا بمن تصح الوصية لهما فمات أحدهما ، أو كما لو لم يعلم الحال ، فأما أن وصى لإثنين حين فمات أحدهما فلآخر نصف الوصية لا نعلم في هذا خلافا ، وكذلك لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرد لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ، ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية . سواء كان شريكا حيا أو ميتا ، لأنه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيها سواء .

• مسألة ، قال (وإن رد الموصى له الوصية بعد موت الموصى بطلت الوصية)

لا يخلو إذا رد الوصية من أربعة أحوال

أحدها : أن يردّها قبل موت الموصى فلا يصح الرد هنا لأن الوصية لم تقع

بعد فاشبه رد المبيع قبل ايجاب البيع ، ولانه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا
لرد كما قبل الوصيه

والثانيه : أن يردها بعد الموت وقبل القبول ، فيصح الرد وتبطل الوصيه ،
لا نعلم فيه خلافا لانه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، فاشبه عفو الشفع
عن الشفعه بعد البيع

الثالث : أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه
فأشبه رده لسائر ملكه الا ان يرضى الورثه بذلك فتكون مبهمة منه لهم تفقر
الى شروط الهبه .

الرابعه : ان يرد بعد القبول وقبل القبض . فينظر فإن كان الموصى به مكيلا
أو موزونا صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبه رده قبل القبول
وان كان غير ذلك لم يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض . ويحتمل
ان يصح الرد بناء على ان القبض معتبر فيه ، ولاصحاب الشافعي في هذه الحال
وجهان (احدهما) يصح الرد في الجميع ، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما
وهذا المنصوص عن الشافعي لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من
غير قبض ، ولان ملك الوصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول
(والثاني) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(فصل)

وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصيه تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون
للوراث جميعهم لان الاصل ثبوت الحكم لهم ، وانما خرج بالوصيه ، فإذا بطلت
الوصيه رجع الى ما كان عليه ، كأن الوصيه لم توجد ، ولو عين بالرد واحدا
وقصد تخصيصه بالردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم ، لان رده امتناع من تملكه
فيبقى على ما كان عليه ، ولانه لم يملك دفعه الى اجنبي فلم يملك دفعه الى وارث
يخصه به ، وكل موضع امتنع الرد فيه لاستقرار ملكه عليه فله ان يختص به واحدا
من الورثه لانه ابتداء مبهمة ويملك ان يدفعه الى اجنبي فملك دفعه الى وارث ،
فلو قال رددت هذه الوصيه لفلان قيل له ما أردت بقولك لفلان ؟ فإن أردت
تمليك اباها وتخصيصه بها قبلها اختص بها . وان قال أردت ردها الى جميعهم

ليرضى فلان عادت الى جميعهم اذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلن قبل حصته منها .

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى ، قال أحمد : اذا قال أوصيت لرجل بألف فقال لا أقبلها فهي لورثته يعني لورثة الموصى .

« مسألة ، قال (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه اذا كان موته بعد موت الموصى) »

اختلف أصحابنا فيما اذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى فذهب الحنفى الى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد لانه حق ثبت للوروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه السلام « من ترك حقه فلورثته ، وكخيار الرد بالعيب وذهب أبو عبدالله بن حامد الى أن الوصية تبطل لانه عقد يفتقر الى القبول فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة .

قال القاضى : هو قياس المذهب لانه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة : وقال أصحاب الراى تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكما بغير قبول لان الوصية قد لزمت من جهة الموصى وانما الخيار للموصى له واذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئا على أن الخيار له فمات قبل انقضائه .

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له : أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع اذا شرط فيه الخيار لاحدهما ولانه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كالذى ذكرنا ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين اللذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لانه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الراى :

ولنا : على ابطال قولهم انه عقد يفتقر الى قبول الممتلك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة .

إذا ثبت هذا فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يطل بالموت قام الوارث فيه مقامه ، فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها ، وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم : فإن رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقبائل حصته وبطلت الوصية في حق من رد : فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه في القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فإن فعل غيره لم يصح فإذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك ، وإن كان الحظ في ردها فقبلها لم يصح قبوله ، لأن المولى لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه ، فلو أوصى أصبي بندي رحمه له يعتق بملكه له وكان على الأصبي ضرر في ذلك بأن تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسبه والمولى عليه موصى لم يكن له قبول الوصية ، وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب أو كون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين قبول الوصية ، لأن في ذلك نفعاً للمولى عليه لعنق قرابته وتحريره من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك ، والله أعلم .

(فصل) ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبنى هاشم ونعيم أو على مصلحة كسجدة أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله ، أما الأدنى المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يحزى ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا في الهبة والبيع ، ويجوز القبول على الفور

والترأخي ولا يكون إلا بعد موت الموصى لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده ، فإذا قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروى عن الشافعي .

وذكر أبو الخطاب في المسألة وجها آخر أنه إذا قبل تبينا أن الملك يثبت حين موت الموصى وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة والبيع . ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لأن الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأن الإرث بعد الوصية ولا يبقى لليت لأنه صار جماداً لا يملك شيئاً ، وللشافعي قول ثالث غير مشهور . أن الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا .

ولنا أنه تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل .

فإن قيل : فلو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق ، ولو قال : إذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح ، وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كسالتنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسألتنا : قولهم : إن الملك لا يثبت للوارث ممنوع : فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قلنا : المراد به وصية مقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكاً للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فلستم الربيع من بعد وصية) أي لكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو أكد من الوصية : وإن سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكاً لليت كما إذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ، ممنوع فإنه يبقى ملكاً فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له

ملك في ديونه إذا قبل وفيما إذا نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز إن كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصى قبل تمام السبب فإن رد الموصى له أو قبل انتقال حيثنذ ، فإن قلنا بالأول وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد إباحة التصرف كشيئته في العين الموهوبة فلو باع الموصى به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابناً للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصى به لأجنبي فإذا مات انتقل الملك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ولا يعتق عليه والله أعلم .

فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين

من ذلك أنه إذا حدث للموصى به نساء منفصل بعد موت الموصى وقبل القبول كالثمره والتاج والكسب فهو للورثة وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له ولو أوصى بأمة لزوجها فأولدها بعد موت الموصى وقبل القبول فولده رقيق للوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولا ولاء عليه وأمه أم ولد لأنها علقت منه بحر في ملكه . وإن مات الموصى له قبل القبول والرد فلوارثه قبولها فإن قبلها ملك الجارية وولدها ، وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئاً وعلى الوجه الآخر تكون الجارية أم ولد ويرث الولد أباه فإن كان يحجب الوارث القابل حجب .

وقال أكثر أصحاب الشافعي : لا يرث الولد ههنا شيئاً ، لأن توريثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيفضى إلى الدور وإلى إبطال ميراثه فأشبه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث . وقد ذكرنا في الإقرار ما يدفع هذا ، وإن المقر به يرث فكذا ههنا ، ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار ، والله أعلم .

ومن ذلك : لو أوصى لرجل بأبيه فمات الموصى له قبل القبول فقبل ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئاً ، لأن حرية إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره ، وعلى الوجه الآخر ثبتت حرية من حين موت الموصى ويرث

من ابنه السدس ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يرث أيضا لأنه لو ورث لا اعتبر قبوله . ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته ، وإذا لم يجوز اعتباره لم يعتق فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا فاسد ، فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة ومن ذلك : أنه لو مات الموصى له قبل وارثه ثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصى لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه ، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له . وعلى الوجه الآخر يتبين أن الملك كان ثابتا للموصى له وأنه انتقل منه إلى وارثه فتعكس هذه الأحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته ، ومن ذلك : أن الموصى به لو كان أمة فوطئها الوارث فأولدها صارت أم ولد له وولدها حر لأنه وطئها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له إذا قبلها .

فإن قيل كيف قضيت بعقوبتها وهي لا تعتق بإعتاقها ؟

قلنا : الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والآب والشريك المعسر وإن لم ينفذ إعتاقهم . وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقا والأمة باقية على الرق ، وإن وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولا لها وثبت الملك له به لأنه لا يجوز إلا في الملك بإقدامه عليه دليل على اختياره الملك ، فأشبهه ما لو وطئ من له الرجعة : الرجعية أو وطئ من له الخيار في البيع : الأمة المبيعة أو وطئ من له خيار فسخ النكاح امرأة :

فصل

وتصح الوصية مطلقا ومقيدة ، فالمطلقة أن يقول إن مت فثلثي للمساكين أو لزيد ، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو في هذه البلدة أو في سفرى هذا فثلثي للمساكين ، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة . قال أحمد فيمن وصى وصية إن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

وقال مالك : إن قال قولا ولم يكتب كتابا فهو كذلك . وإن كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها مالم ينقضها .

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتابا أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه أنت حر بعد موتى وقال للآخر أنت حر إن مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التديير . وإن برأ من مرضه ذلك بطل تديير المقيد وبقي تديير المطلق بحاله . ولو وصى لرجل بشئ وقال إن مت قبلى فهو لعمرى وصحت وصيته على حسب ما شرطه له ، وكذلك في سائر الشروط ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المسلمون على شروطهم .

ومسألة ، قال (وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطى السدس ، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : يعطى سبعا مما تصح منه الفريضة)

اختلفت الرواية عن أحد رحمه الله فيما لو أوصى بسهم فروى عنه : أن للموصى أه السدس ، وروى ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري ، والرواية الثانية : أنه يعطى سبعا مما تصح منه الفريضة فينظر كم سبعا صحت منه الفريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له ، وهذا قول شريح قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم . قال القاضي : هذا ما لم يزد على السدس فإن زاد السهم على السدس فله السدس لأنه متحقق ، وجه ذلك أن قوله سبعا ينبغي أن ينصرف إلى سهام فريضته لأن وصيته منها فينصرف السهم إليها فكان واحداً من سهامها ، كما لو قال : فريضتي كذا وكذا سبعا لك منها سهم ، وقال الحلال وصاحبه : أقل سبعا من سهام الورثة ، لأن أحد قال في رواية أبي طالب والاثم إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سبعا من الفريضة قيل له : نصيب رجل أو نصيب امرأة ؟ قال : أقل ما يكون من السهام ، قال القاضي : ما لم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال أصحابه إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث ، ووجه هذا القول . أن سهام الورثة أنصباؤهم فيكون له أقلها لأنه اليقين فإن زاد على السدس دفع إليه السدس لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة ،

وقال أبو ثور يعطى سهما من أربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام، وقال الشافعي وابن المذنب يعطيه الورثة ماشاءوا لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو أوصى له بجزء أو حظ، وقال عطاء وعكرمة لا شيء له .
ولنا ما روى ابن مسعود ، أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم السدس ، ولأن السهم في كلام العرب السدس ، قال إياس ابن معاوية السهم في كلام العرب السدس فتصرف الوصية إليه كما لو لفظ به ولأنه قول علي وابن مسعود ولا يخالف لهما في الصحابة ولأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فتصرف الوصية إليه .

إذا ثبت هذا : فإن السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فإن كانت المسألة كاملة المفروض أعيلت به ، وإن كانت عائلة زاد عولها به ، وإن كان فيها رد أو كانوا عصبة أعطى سدساً كاملاً : قال أحمد في روايته ابن منصور وحرب . إذا أوصى الرجل بسهم من ماله يعطى السدس إلا أن تعول الفريضة فيعطى سهما مع العول فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم في مسألة فيها زوج وأخت كان له السبع كما لو كان معهما جدة على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان في المسألة أم وثلاث أخوات متفرقات فإن كان معهم زوج فالمسألة من تسعة وللموصى له العشر على الروايات الثلاث .
وإن كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فللموصى له السدس على الروايات الثلاث ، وإن كانوا زوجا وأبوين وابنتين ، فالمسألة من خمسة عشرة وتعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الخلال لأن أقل سهام الورثة سدس ، وعلى الرواية الأخرى : يكون للموصى سهم واحد يزاد على خمسة عشر فتصير ستة عشر وإن كانوا زوجة وأبوين وابناً فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به إلى ثمانية وعشرين :

وعلى الرواية الثانية : يزاد عليها سهم واحد للموصى له ، فتكون من خمسة وعشرين ؛ وعلى قول الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة ، فتكون من سبعة وعشرين ، وإن كانوا خمسة بنين فللموصى السدس كاملاً ، وتصح من ستة على

الروايات الثلاث ، فإن كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين ، فتزيد عليها
سهما للموصى على إحدى الروايات فتصير أحداً وأربعين ، وعلى قول الخلال تزيد
مثل نصيب الزوجه فتصير خمسة وأربعين .

وعلى الرواية الاولى تزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فتضربها في ستة ثم
تزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين ، للموصى أربعون وللزوجة ثلاثون ،
ولكل ابن إثنان وأربعون ، ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله
ولآخر بسهم جعلت ذا السهم كالآم وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً
وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من إثنين وأربعين لصاحب
السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ، ويحتمل أن يعطى
ذو السهم السبع كاملاً كأنه أوصى له من غير وصية أخرى ، فيكون له ستة ويبقى
سبعة وعشرون على ستة لا تنقسم فتضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين
واثنين وخمسين .

(فصل) وإن أوصى بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة
ما شاءوا ، لا أعلم فيه خلافاً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم لأن
كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء ، وكذلك إن قال أعطوا فلاناً من مالي أو أرزقوه
لأن ذلك لا حد له في اللغة ولا في شرع ، فكان على إطلاقه .

مسألة ، قال (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل
ما لأقلمهم نصيباً كان أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات
فتكون صحبة من اثنين وثلاثين سهما للزوجات الثن وهو أربعة وما بقي فلان
فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين
سهما للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فلان)

وجملة ذلك . أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى : فإن كان
الورثة يتساوون في الميراث كالبنين ، فله مثل نصيب أحدهم مضافاً على الفريضة
ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وإن كانوا يتفاضلون كسالة الحرقي فله مثل نصيب
أقلمهم ميراثاً يزداد على فريضتهم ، وإن أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه

مزاداً على الفريضة ، وهذا قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة ، لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث ، وقال مالك إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطى سهما من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم .

ولنا أنه جعل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له ، وجعله مثلاً له ، وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه . ومنى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضي التسوية ، وإنما جعل له مثل أقلهم نصيباً لأنه اليقين وما زاد فشكوك فيه ، فلا يثبت مع الشك ، وقوله يعطى سهما من عددهم ، خلاف ما يقتضيه لفظ الموصى ، فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته وأفضله إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي لقول الموصى وعملاً بمقتضى وصيته ، وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصى أصلاً .

وقوله : تعذر العمل بقول الموصى ، غير صحيح ، فإنه أمكن للعمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به ، لمسا جاز أن يوجب في ماله حقاً لم يأذن فيه ولم يأمر به ، وقد مثل الحرق في هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها ، ولو قال : أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثاً كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً ، وإن قال أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثاً ، فله ذلك مضافاً إلى المسألة فيكون له في مسألة الحرق ثمانية وعشرون تضم إلى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما .

(فصل) وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان .

أحدهما : تصح الوصية ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه ، وهذا قول مالك وأهل المدينة والولوى وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود . والوجه الثاني لا تصح الوصية ، وهو الذي ذكره القاضي : وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة

وصاحبه ، لأنه أوصى بما هو حق للإبن ، فلم يصح : كما لو قال بدار ابني أو بما يأخذه ابن . وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازة فصح . كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق . ويبان إمكان التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أى بمثل نصيب وارثي ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح . وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورائه كلهم .

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعف نصيب ابني فله مثلاً نصيبه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام الضعف المثل . واستدل بقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أى مثلين وقوله (فأنت أكلها ضعفين) أى مثلين . وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل

ولنا : أن الضعف مثلاً بدليل قوله تعالى (لا ذنباك ضعف الحياة وضعف المات) وقال فأؤثك لهم جزاء الضعف بما عملوا (وقال (وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأؤثك هم المضعفون) ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة . وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف ، اعلما حملنا الأرض مالا تطيق ؟ فقال عثمان لو أضعفت عليها لا حملت ، قال الأزهرى : الضعف المثل فما فوقه . وأما قوله أن الضعفين المثلين . فقد روى ابن الأنبارى عن هشام بن معاوية النخوى قال : العرب تتكلم بالضعف مثني فتقول أن أعطيتني درهما فلك ضعفاء أى مثلاه . وافتراده لا بأس به إلا أن التثنية أحسن ، يعنى أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى : ضعف الشيء هو مثله وضعفاء هو مثلاه وثلاثة أضعافه ثلاثة أمثاله وعلى هذا .

(فصل)

وإن قال : أوصيت لك بضعفي نصيب ابني فله مثلاً نصيبه ، وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله ، هذا الصحيح عندى . وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا إن أوصى بضعفيه فله ثلاثة أمثاله . وإن أوصى بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله . وعلى هذا كلما زاده ضعفاً زاد مرة . وهذا قول الشافعي . واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور : ضعفاء أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثلاه فتثنيته مثلاً مفردة كسائر الأسماء .

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة نحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أنمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين : ولا خلاف بين المفسرين فيما علبت في تفسير قوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أن المراد به مرتين وقد دل عليه قوله تعالى (تؤتها أجرها مرتين) ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرات ، فإن الله تعالى إنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات ، وهذا هو المعهود من كرمه وفضله .

وأما قول أبي عبيدة المخالف فيه غيره وأنكروا قوله ، قال ابن عرفة لا أحب قول أبي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لأن الله تعالى قال في آية أخرى (تؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين .

وقد نقل معاوية بن هشام النحوي عن العرب : أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد ، وموافقاً العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز ، وقول المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفته القياس ، ونسبة الخطأ إليه أولى من تخطئة ما ذكرناه ، وأما قول أبي ثور مظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية ، ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل ، فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس والله أعلم .

(فصل) وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يوصى بنصيب ابنه وهو ممن لا يرث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للوصى له لأنه لا نصيب له فمثله لا شيء له .

(فصل) وإن أوصى لرجل بثلاث ولاخر بربع ولاخر بخمس ولاخر بمثل وصية أحدهم فله الخمس ، وإن وصى لرجل بعشرة ولاخر بستة ولاخر بأربعة ولاخر بمثل وصية أحدهم : فله أربعة لأنها اليقين ، وإن قال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد منهم ، وإن وصى لأحدهم بمائة ولاخر بدار ولاخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد منهم ، ذكرها الخبزي . لأنه هنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي النسوية ، فلهذا كان له النصف بخلاف الأولين فانهم كلهم مشتركون ، وقال ابن القاسم له الربع في الجميع .

فصل . ولو أوصى بمثل نصيب وارث لو كان فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده ، فهو له مع عدمه فإن خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث فللموصى له الربع ولو وصى بمثل نصيب خامس لو كان فللموصى له السدس وعلى هذا أبداً ، ولو خلفت زوجاً وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فللموصى له الخمس ، لأن للآء الربع لو كانت فيجعل له سبها مضافاً إلى أربعة يكن خساً ففسر على هذا .

، مسألة ، قال (وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم كان للموصى له الربع)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وعند مالك وموافقيه للموصى له الثلث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة ، وقد دللنا على صاذه ، ولو خلف ابناً واحداً وأوصى بمثل نصيبه فللموصى له النصف في حال الإجازة والثلث في حال الرد ، وعند مالك للموصى له في حال الإجازة جميع المال .

(فصل) فإن خلف بنتاً وأوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابناً عند من يرى الرد لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد ، ومن لا يرى الرد يقتضى قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال ، ويقتضى قول مالك أن للموصى له النصف في حال الإجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فإن خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما فهو من ثلاثة عندنا ويقتضى قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربعه ، ويقتضى قول مالك أن الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة ، فإن خلف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها ، فقياس قولنا أن المال بينهما نصفين ، وقياس قول من لا يرى الرد أنها من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال ، وقياس قول مالك أن للموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال .

(فصل) وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصى لثلاثة بمثل أنصبتهم فالمال بينهم

على ستة إن أجازوا ، وإن ردوا فن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فإن أجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي المجاز له وجهان .

أحدهما : له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع ، وهذا قول أبي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والتسعين من مخرجها وهو ثمانية عشر يبقى أحد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين ، للمجاز له السدس تسعة ولكل واحد من صاحبه ستة ولكل ابن أحد عشر .

والوجه الثاني : أن يضم المجاز له إلى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تنقسم فتضرب أربعة في تسعة تكن ستة وثلاثين فإن أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم أسداسا على الوجه الأول ، وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقتسمونه بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ، وإن أجاز أحد البنين لهم ورد الآخران عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجيزوا أربعة أنساع ثمانية تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة اضربها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين ، وإن أجاز واحد لواحد دفع إليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين ، والله أعلم .

(فصل) وإذا وصى لرجل بجزء مقدر ولاخر بمثل نصيب وارث من ورثته فقيها وجهان .

أحدهما . يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث إن أجازوا ، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الاجازة والثلاثان بين الورثة .

والوجه الثاني : أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث ، كان لا وصيه سراها ، وهذا قول يحيى بن آدم ، مثاله رجل أوصى بثلث ماله لرجل ولاخر

بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة . فعلى الوجه الأول للموصى له بالثلث الثلث وما بقي بين البنين والوصى على أربعة ، وتصح من ستة لصاحب الثلث سهان وللآخر سهم إن ردوا ، فالثلث بين الوصيين على ثلاثة . والثلاثان بين البنين على ثلاثة ، وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث وللآخر الربع إن أجيز لهما . وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلاثان للورثة . وتصح من ثلاثة وستين .

وإن كان الجزء يزيد على الثلث مثل أن أوصى لرجل بالنصف وللآخر بثلث نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث ، وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ربه . لأن الثلثين حق الورثة لا يؤخذ منها شيء إلا بإجازتهم ورضاهم ، فيكون صاحب النصيب كواحد منهم لا تنقص من السدس شيئاً إلا بإجازته ، فعلى الوجه الأول لصاحب الجزء النصف والباقي بين الآخر والبنين على أربعة ، وتصح من ثمانية إن أجازوا ، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على خمسة ، والثلثين بين البنين على ثلاثة ، وتصح من خمسة وأربعين .

وعلى الوجه الثاني لصاحب النصف النصف وللآخر الربع ويبقى الربع بين البنين ، وتصح من اثني عشر ، وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف وللآخر السدس ، ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة ، وتصح من ثمانية عشر ، وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على أربعة وتصح من ستة وثلاثين ، وإن أوصى لصاحب الجزء بالثلثين ، فعلى الوجه الأول لصاحب النصف ربع الثلث سهم من اثني عشر إن أجازوا ، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة ، وعلى الوجه الثاني يكون له الربع في حال الإجازة وفي حال الرد يكون الثلث بين الوصيين على أحد عشر ، وعلى الوجه الثالث يكون له السدس في الإجازة ، وفي الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة ، وإن أوصى لرجل بجميع ماله وللآخر بثلث نصيب أحد ورثته ، فعلى الوجه الأول لا يصح للوصى الآخر شيء في إجازة ولا رد ، وعلى الثاني يقسم الوصيان المال بينهما على خمسة في الإجازة والثلث على خمسة في الرد وعلى الثالث يقسمان المال على سبعة في الإجازة والثلث على سبعة في الرد .

(فصل : وإن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولاخر بنزء مما بقى من المال ففها أيضاً ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى .

والثاني : أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال .

والثالث : أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع ، ومثاله رجل خلف ثلاثة بنين وصى بمثل نصيب أحدهم ولاخر بنصف باقى المال . فعلى الوجه الأول لصاحب النصف الربع وللآخر نصف الباقي وما بقى للبنين وتصح من ثمانية . وعلى الثاني له السدس وللآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين ولا تفريع على هذين الوجهين لو ضروحا وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعملها طرق .

أحدها : أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً تصير أربعة فتضربها فى المخرج تكن ثمانية تنقصها سهما يبقى سبعة فى المال ، للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم (طريق آخر) أن تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها فى المخرج تكن سبعة (طريق ثالث) ويسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهى ثلاثة فتقول هى بقية مال ذهب نصفه . فإذا أردت تكيله فرد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكن سبعة (طريق رابع) أن تجعل المال سهمين ونصيباً وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهما يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة . وبالجبر تأخذ ما لا فتلقى منه نصيباً يبقى مال إلا نصيباً وتدفع نصف الباقي إلى الوصى الآخر يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصاء فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصفاً كاملاً يعدل ثلاثة ونصفاً فالمال كله سبعة .

(فصل) فإن كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث وهو ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهو النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها فى المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة

يبقى أحد وعشرون فهو المال فتدفع الى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهما الى الوصى الاخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفاً وتضربها في المخرج تكن احدى وعشرين وبالثالث تعمل كما عملت في الاولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل أن الوصيه الثانيه بنصف الثلث ، وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيباً تدفع النصيب الى صاحبه وإلى الاخر سهما يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين الى ابنين يبقى خمسة للثالث فهو النصيب فإذا بسطتها كانت احدى وعشرين ، وبالجبر تأخذ ما لا فتلقى منه ثلثه نصيباً وتدفع الى الاخر نصف باقى الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الا نصف نصيب اجره بنصف نصيب وزده على سهام البنين يصير ثلاثة ونصف تعدل خمسة أسداس ، الملب وحول يصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن احدى وعشرين .

(فصل) فان أوصى بربع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً تصير أربعة واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وذلك اثني عشر يبقى أربعة وثمانون فهي المال ثم انظر الأربعة وعشرين فانقص منها سدسها لأجل الوصيه الثانيه وربعها لأجل الوصيه يبقى أربعة عشر فهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة وإلى الثالث ربع المال احدى وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر ، وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها ، فإذا بلغت احدى وعشرين ضربتها في أربعة من أجل الربع تكن أربعة وثمانين وبطريق النصيب تقرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء تدفع نصيباً الى صاحب النصيب وإلى الاخر سهما وإلى صاحب الربع سهما ونصفاً وثلاثة أرباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة يعدل ثلاثة أنصباء فاسقط نصيباً وربعاً بمثلها

يبقى ثلاثة أسهم ونصف — يعدل نصيباً وثلاثة أرباع : فالنصيب إذا سهران قابسط
الثلاثة الا نصيباً تكن ستة ، فصار المال اثني عشر : ومنها يصح لصاحب النصيب
سهران وللآخر نصف — باقى الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثة تبقى ستة لكل ابن
سهران . وهذا أخصر وأحسن . وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيباً يبقى مال الا
نصيباً تدفع نصف — باقى ثلثه وهو سدس الا نصف — نصيب يبقى من المال خمسة
أسداس الا نصف — نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث وربعه الا نصف نصيب
يعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين
وأربعين ثم تضربها في اثنين ليزول الكسر يرجع الى أربعة وثمانين .

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة برقع مابقى من المال بعد الوصيتين الأولين
فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع تعدل نصيباً
ونصفاً ابسطهما أرباعاً تكن السهام خمسة عشر والانصباء ستة توافقهما وتردهما
الى وفقهما تصير خمسة أسهم تعدل نصيبين أقلب واجعل النصيب خمسة والسهم
اثني وابسط ما معك يصير سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب والى
الآخر نصف باقى الثلث سهمين والى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر
لكل ابن خمسة ، وهذا الطريق أخصر

وان عملت بالطريق الثاني أخذت أربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي
يبقى خمسة عشر ففي النصيب ، ثم زدت على عدد البنين سهما ونقصت نصفه
وربع الباقي منه يبقى ثلاثة أثمان ردها على سهام البنين تكن ثلاثة ، وثلاثة أثمان
تضربها في أربعة وعشرين تكن احدى وثمانين ، ومنها تصح وبالجبر تفضى
الى ذلك أيضاً .

(فصل) وان خلف — أما وأختا وعماً وأوصى لرجل بمثل نصيب العم وسدس
ما يبقى ، وللآخر بمثل نصيب الام وربع ما يبقى وللآخر بمثل نصيب الأخت وثلث
ما يبقى فاعملها بالمتكوس وقل أصل المسألة ستة فابدأ بأخر الوصايا فقل هذا مال
ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثة ومثل نصيب الأخت ثلاثة صارت اثني عشر ، ثم
قل هذا بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الام ستة صارت ثمانية : ثم

قل هذا بقية مال ذهب سبعة فزد عليه سدسه ونصيب العم صار اثنين وعشرين .
ومنه نصح .

(فصل في الاستثناء) إذا خلف ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع
المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سها تكن خمسة ، فهذا النصيب ، وزد على
عدد البنين واحدا واضربه في مخرج الكسر تكن ستة عشر تدفع الى الوصى خمسة
وتستثنى منه أربعة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة . وان شئت خصصت كل ابن
ربع وقسمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة ، فإن قال ربع الباقي بعد النصيب
مرد على سهام البنين سها وربعا واضربه في أربعة تكن سبعة عشر ، للوصى سها
ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيبا الى الموصى له وتستثنى منه
ربع الباقي وهو ربع مال الا ربع نصيب صار معك مال وربع الا نصيبا وربعا يعدل
أنصاء البنين وهي ثلاثة . اجبر وقابل بمخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر ، فإن
قال الا ربع الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه ثلثه صار أربعة فهو
النصيب وتزيد على عدد البنين نصيبا وثلثا وتضربه في ثلاثة تكن ثلاثة عشر فهو
المال ، وان شئت قلت المال كله ثلاثة أنصاء ووصية ، والوصية هي نصيب الا ربع
الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصية وتبين ان المال
كله ثلاثة وربع أبسطها تكن ثلاثة عشر : ولهذا المسائل طرق سوى ما ذكرنا .
(فصل) وان قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الا ثلث ما يبقى من
الثلث فخذ مخرج الكسر ثلث الثلث وهو تسعة وزد عليها سها تكن عشرة فهي
النصيب ، وزد على أنصاء البنين سها وثلثا واضرب ذلك في تسعة تكن تسعة
وثلاثين ادفع عشرة الى الوصى واستثنى منه ثلث بقية الثلث سهم يبقى له تسعة
ولكل ابن عشرة ، وان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال
سنة وزدت عليها سها صارت سبعة ، فهذا هو النصيب وزدت على أنصاء البنين
سها ونصفا وضربته في ستة صار سبعة وعشرين ودفعت إلى الوصى سبعة
وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقى معه ستة وبقى أحد وعشرون لكل
ابن سبعة وانما كان كذلك لأن الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى

أطلق الاستثناء فلم يقل بعد النصيب ولا الوصية : فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب ، وعند محمد بن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فإن قال إلا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب والآخر ثلث ما يبقى من المال بعد وصية الأول فخذ الجميع خمسة وزد عليها خمسا تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ، ثم خذ سهمها وزد عليه خمسة وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصاء البنين واضربها في خمسة نصير تسعة عشر فهي المال ، ادفع الى الأول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلثه يبقى معه سهم فادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثني عشر لكل ابن أربعة وبالجزر خذ مالا وألق منه نصيبا واسترجع منه خمس الباقي يصير معك مال وخمس إلا نصيبا وخمسا ألق منه ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال إلا أربعة أخماس نصيب تعدل ثلاثة أنصاء اجبر وقابل وابسط يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة ، وإن شئت قلت أنصاء البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصير أربعة أنصاء ونصفا ووصية ، والوصية هي نصيب الأ خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية أسقطه من النصيب يبقى خمس نصيب وعشر نصيب إلا خمس وصية تعدل وصية ، اجبر وقابل وابسط نصير ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهمًا من الوصية وهي تتفق بالاثلاث فردها على وفقها يصير سهمًا يعدل أربعة ، فالوصية سهم والنصيب أربعة قابسطها تكن أربعة عشر فإن كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب إلا خمس الباقي وهو تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية ، قابسط الكل أعشارا تكن الأنصاء خمسة وأربعين والوصية سهم ، وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب إلا خمس وصية اجبر يصير العشر يعدل وصية وخمسا ابسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون ألق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهو خمسة وخمسون يبقى له خمسة وللآخر ثلثا الباقي تسعون ويبقى مئة وثمانون لكل ابن ستون ورجع بالاختصار الى خمسا وذلك خمسة وخمسون للوصي الأول سهم والثاني

ثمانية عشر لكل ابن اثنتا عشر وبالجبر تأخذ مالا تلقى منه نصيبا وتزيد على المال خمسة يصير مالا وخمسا الا نصيبا الق ثلث ذلك يبق أربعة أخماس مال الا ثلثي نصيب يعدل ثلثه اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثا اضربها في ثلثه ايزول الكسر يصير خمسة وخمسين ، وان كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله ، فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبق ثلاثة عشر فهي النصيب ، وزد على أنصباء البنين سهمها واضربه في المال يكن ستين وهو المال ، وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فاعمل كذلك الا أنك تزيد على سهام البنين سهمها وخمسا وتضربها تكن ثلاثة وستين ، وان كان استثنى خمس مابقى من الثلث زدت على الخمسة عشر سهمها واحدا فصار ستة عشر ، ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهو النصيب ، ثم زدت سهام البنين سهمها وخمسا وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع الى الوصى الأول أحد عشر وتستثنى منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعة ، وتدفع الى صاحب الثلث احدى وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر ، فإن كانت الوصية الثانية بثلث باقى المال زدت على الخمسة عشر واحدا ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية وأربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب ، وخذ سهمها وزد عليه خمسة ، ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة واحدى وسبعين منها تصح

(فصل) فإن خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله الا نصيب أحدم أو أوصى له بشكلة الثلث على نصيب أحدم فله التسع ، وحسابها أن تدفع الى الوصى وابن ثلث المال يبقى ثلثاه لثلاثة بنين لكل واحد تسعان ، فعلت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى تسع للوصى ، وان وصى لآخر بخمس مايبقى من المال بعد الوصية الاولى عزلت ثلث المال ثم أخذت منه نصيبا ورددته على الثلثين ودفعت الى الوصى الثاني خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب للورثة فاسقط أربعة أخماس نصيب بنتها يبقى له ثلاثة وخميس

تعديل ثلثا وخمسا فنصف المال اذا يعدل ثلاثة أنصباء والمال كله ستة للوصيين
والبنين لكل واحد سهم

(طريق آخر) سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسة فزد عليه ربعة
للوصى الثاني صارت خمسة ثم زد على سهم ابن ما يكمل به الثلث وهو سهم آخر
فصارت ستة ، وان شئت فرضت المال خمسة أسهم وتكلمة ودفعت التكلمة الى
صاحبها وحنس الباقي الى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم ، وقد علمت أن سهم
ابن مع التكلمة ثلث المال وأن الباقي بعدهما الثلثان وهي أربعة أسهم فقابل بهما
نصف الأربعة وهي سهمان فتبين أن التكلمة سهم

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بفيه وهم ثلاثة ولاخر بثلث
مايبقى من الثلث ولاخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا فادفع الى
الوصى الأول نصيبا والى الثانى والثالث درهمين بقی سبعة ونصيبان ادفع نصيبين
الى ابنين بقی سبعة للإبن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فإن كانت الوصية
الثالث بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون .

(فصل)

وان ترك ستائة ووصى لأجنبي بمائة ولاخر بنهام الثلث فلكل واحد
منهما مائة فإن رد الأول وصيته فللاخر مائة ، وان وصى للأول بمائتين وللآخر
بباقى الثلث فلا شيء للثاني سواء رد الأول وصيته أو أجازها ، وهذا قياس قول
الشافعى وأهل البصرة ، وقال أهل العراق ان رد الأول فللثاني مائتان فى المسألتين
ولنا أن المائتين ليست باقى الثلث ولا تمتعه فلا يكون موصى بها للثاني كما لو
قبل الأول ، ولو وصى لوارث بثلثه ولاخر بنهام الثلث فلا شيء للثاني وعلى
قول أهل العراق له الثلث كاملا .

(فصل) وان أوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بمائة وثلث بنهام الثلث على
المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية النهام ، وان زاد على مائة وأجاز الورثة
أمضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وان ردوا ففيه وجهان .
أحدهما : يرد كل واحد منهما الى نصف وصيته لان الوصايا رجعت الى
نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله فى الوصية كسائر الوصايا .

والثاني : لا شيء . لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئاً لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها وما تحت له ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كالأخ من الأبوين يزاحم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئاً .

مسألة ، قال (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة فالثالث بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ولزيد سهمان)

وجملته : أنه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على الورثة . وإن لم يجزوا قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سهامهم في حال الإجازة وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا ، هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأبي يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث ، لأن ما جاوز الثلث باطل ، فكيف يضرب به ؟

ولنا أنه فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية كالأوصى بثلث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربع مائة وهذا يبطل ما ذكروه ، ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فتقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى .

فعل هذا إذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فلموصى لهما ثلاثة أرباع المال إن أجاز الورثة . ويبقى لهم الربع ، وإن ردوا فالثالث بين الوصيين على ثلاثة ، والمسألة كلها من تسعة ، وإن أجازوا لأحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الرد في مسألة الإجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الإجازة ، وإن أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقي عليهما أعطيت المجيز سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الإجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة .

وان اتفقت المسألتان ضربت وفق احدهما في الاخرى ومن له سهم من
احدى المسألتين مضروب في وفق الاخرى .

وان دخلت احدى المسألتين في الاخرى اجزأت باكثرهما ، ففي مسألة
الحرق هذه اذا كان الورثة أما وثلاث أخوات متفرقات فأجازوا فالمسألة من
أربعة : للوصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين
وان ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسألة وهي ستة ونصح من
تسعة ، وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة
وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون
وللاخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وان أجازت الأم لها
ورد الباقيون عليهما أعطيت الأم سهم في ثلاثة والباقي خمسة أسهم في ثمانية
صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة .
وان أجازت الأخت من الأبوين وحدها فلها تسعة والباقي للورثة أربعة
وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لها على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون
وللاخر ثلاثة عشر .

(فصل)

إذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول
وأجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة اذا زادت على المال ، وان
ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام ، وهذا قول النخعي ومالك والشافعي ،
وقال سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا عاصم الثقفي قال : قال لي إبراهيم
النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله ؟ قلت
لا يجوز ، قال فإنهم قد أجازوا ، قلت لا أدري ؟ قال أمسك اثني عشر فأخرج
نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب
النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ،

وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية مما يفضل به على من دونه
ثم يقتسمون الباقي ان أجازوا وفي الرد لا يضرب لأحدهم بأكثر من الثلث ،
وان نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه ، ومثال ذلك

رجل أوصى بثلاث ماله ونصفه وثلاثة ثلثه فإلما بينهم على تسعة في الإجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كسالة فيها زوج وأختان لأب وأختان لأم .

وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فأخذ منه وهو وصاحب النصف بفضلان صاحب الثلث بسدس فأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثا ، وتصع من ستة وثلاثين : لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه فإلما بينهما على أربعة إن أجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد .

وعند أبي حنيفة إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان يتفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وإن ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث إلا السدس في الإجازة والرد جميعا ، ولو جعل مكان الثلث سدسا لكان لصاحب المال خمسة أسداس في الإجازة ويقاسم صاحب السدس فأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيجعل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له في الإجازة ، وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له في الرد على حالة الإجازة ومتى كان للموصى له حق في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه إلى غيره مع أن ما ذهب إليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون على المقتل وما ذكروه لا نظير له مع أن فرض الله تعالى للوارث أكد من فرض الموصى ووصيته ثم إن صاحب الفضل في الفروض المفروض لا يتفرد بفضلته فكذا في الوصايا

فصل في

وإذا خلف ابنين وأوصى لرجل بماله كله ولآخر بنصفه فإلما بين الوصيين على ثلاثة إن أجازا لأنك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فإذا ضمنت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كسالة فيها زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات فإذا ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة وإن أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف النصف

في أحد الوجهين لأنه موصى له به وإنما منعه أخذه في حال الاجازة لها مزاحمة صاحبه فإذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيته .

والثاني : ليس له الا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لها ، لأن ما زاد على ذلك إنما كان حقاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخذه الوارثان ، وإن أجاز لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتباع على الوجه الأول والتسع للآخر وعلى الوجه الثاني ليس له الا الثلثان اللذان كانا له حال الاجازة لهما والتسعة للورثة ، فإن أجاز أحد الابنين لهما دون الآخر فلا شيء للغير وللآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على أربعة ، وإن أجاز أحدهما لصاحب المال وحده فللآخر التسع وللآخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين ، وفي الآخر له أربعة أتباع والتسع الباقي للغير ، وإن أجاز لصاحب النصف وحده دفع إليه نصف ما يتم به النصف وهو تسع ونصف سدس في أحد الوجهين ، وفي الآخر يدفع إليه التسع فيصير له تسعة ولصاحب المال تسعة وللغير تسعة والثلث للذي لم يجز ، وتصح من تسعة .

وعلى الوجه الأول تصح من ستة وثلثين للذي لم يجز اثنا عشر وللغير خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية ، وذلك لأن مسألة الرد من تسعة لصاحب النصف — منها سهم ، فلو أجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف ، فإذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم وثلاثة أرباع سهم فيضرب مخرج الربع في تسعة يكن ستة وثلثين .

مسألة : قال (وإذا أوصى لولد فلان فهو الذكر والأنثى بالسوية ، وإن قال لبيته فهو للذكور دون الاناث) .

أما إذا أوصى لولده أو لولد فلان فإنه للذكور والاناث والحناي ، لا خلاف في ذلك ، لأن الاسم يشمل الجميع ، قال الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وقال الله تعالى (ما اتخذا الله من ولد) نفي الذكر والأنثى جميعاً ، وإن قال لبي أو بني فلان فهو للذكور دون الاناث والحناي ، هذا قول الجمهور ؛ وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي .

وقال الحسن واسحاق وأبو ثور : هو الذكر والاثني جميعا ، لأنه لو أوصى
 لبنى فلان وهم قبيلة دخل فيه الذكر والاثني . وقال الثوري : ان كانوا ذكورا
 وإناثا فهو بينهم ، وان كن بنات لا ذكر معهن فلا شيء لهن ، لأنه متى اجتمع
 الذكور والإناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الإناث ، كلفظ المسلمين والمشركون
 ولنا أن لفظ البنين يختص الذكور ، قال الله تعالى (اصطفى البنات على البنين ؟)
 وقال تعالى (أم اتخذ مما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين ؟) وقال (زين للناس حب
 الشهوات من النساء والبنين) وقال (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد أخبر
 أنهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون ، وإذا
 بشر أحدهم بالأنثى) الآية . وإنما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة ، لأن الاسم
 نقل فيهم عن الحقيقة إلى العرف ، ولهذا تقول المرأة : أنا من بني فلان إذا انتسبت
 إلى القبيلة ، ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها

(فصل) وان أوصى لبنات فلان دخل به الإناث دون غيرهن ، لا تعلم به
 خلافا ، ولا يدخل فيهن الحثي المشكل لانا لا نعلم كونه أنثى

(فصل)

وان أوصى لولد فلان أو لبنى فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه ،
 وأما أولاد أولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم مثل أن يوصى لولد فلان
 وليس له إلا أولاد أولاده أو قال : ولا يعطى ولد البنات شيئا ، أو قال إلا ولد
 فلان ، أو فضلوا ولد فلان على غيرهم ونحو ذلك دخلوا ، لأن اللفظ يحتملهم
 والقرينة صارفة له اليهم فصار كال تصريح بهم ، وان دلت القرينة على إخراجهم فلا
 شيء لهم ، وان انتفت القرائن لم يدخلوا في الوصية ، لأن اسم الولد حقيقة عبارة
 عن ولد الصلب .

فإن قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل
 حظ الأنثيين) . قلنا إنما دخلوا فيه إذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ودخلوا مع
 الإناث على أنهم إنما يرثون ما فضل عن البنات على ما ذكر تفصيله في الفرائض
 ولا يمكن ذلك هنا فامتنى دخولهم ، ويحتمل أن يدخل ولد البنين في الوصية إذا لم

تكن قرينة تخرجهم لأنهم دخلوا في اسم الولد في كل موضع ذكره الله تعالى من الإرث والحجب وغيره

(فصل وان وصى لولد فلان أو بنى فلان وهم قبيلة كبنى هاشم وبنى تميم دخل فيهم الذكر والانثى والحنتى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لأن ذلك اسم للقبيلة ذكرها وأثامها قال الله تعالى (يا بنى آدم) (أولقد كرمنا بنى آدم) يريد الجميع وقال (أولقد آتينا بنى إسرائيل الكتاب) وروى أن جوارى من الأنصار قلن :

نحن جوار من بنى النجار يا حبذا محمد من جار
ويقال : امرأة من بنى هاشم : ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينسبون إلى القبيلة .

(فصل وان أوصى لأخوانه فهو للأنثى خاصة وان أوصى لإخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعاً لأن الله تعالى قال (وان كانوا إخوة رجالاً ونساء) وقال (فإن كان له إخوة فلأمه الحدر) وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى ، وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الإخوة يشمل الذكر والانثى لأنهم إخوة أبيه : وان قال لبنى إخوته أو لبنى عمه فهو للذكور دون الإناث إذا لم يكونوا قبيلة ، والفرق بينهما أن الإخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ ، وبنى الإخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الأولاد ، فإذا عدل عن اللفظ العام إلى لفظ البنين دل على إرادة الذكور : ولأن لفظ العمومة أشبه بلفظ الإخوة ولفظ بنى الإخوة والعم يشبه بنى فلان وقد دللنا عليهما والحكم في تناول اللفظ للبعد من العمومة وبنى العم والإخوة حكم ما ذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها .

(فصل) وألفاظ المجموع على أربعة أضرب .
أحدها : ما يشمل الذكر والانثى بوضعه كالأولاد والذرية والعالمين وشبهه .
والثاني : موضوع للذكور ويدخل فيه الإناث إذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين والقانتين والصابرين والصادقين والذميين والمشركين والفاسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالواو في قاموا والتاء والميم في قتم وهم مفردة وموصولة

والكاف والميم في لكم وعليكم ونحوه ، فهذا منى اجتماع الذكور وعليه الاناث
وغلب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والانثى .

والثالث : ضرب يختص الذكور كالبنين والذكور والرجال والفلان
فلا يدخل فيه الا الذكور .

والرابع : لفظ يختص النساء كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائم
الموضوعة لهن ، فلا يتناول غير الاناث .

(فصل) وان وصى للأرامل فهو للنساء اللاتي قارقن أزواجهن بموت
أو غيره ، قال أحمد في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بنى فلان
فقال قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم هو للرجال والنساء والذي يعرف في كلام
الناس أن الارامل النساء ، وقال الشعبي واسحاق : هو للرجال والنساء ،
وأشده أحدهما :

هذي الارامل قد قضيت حاجتها فن لحاجة هذا الارمل الذكر ؟
وقال الآخر :

أحب أن أصطاد ظييا سجيلا رعى الربيع والشتاء أرملا
ولنا أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصى الا عليه ،
ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعا للذكر لان ما يختلف لفظ الذكر
والانثى في واحده يختلف في جمعه ، وقد أنكر ابن الانبارى على قائل القول
الآخر وخطأه فيه ، والشعر الذي احتج به حجة عليه ، فإنه لو كان لفظ الارامل
يشمل الذكر والانثى لقال حاجتهم اذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ منى
كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره ، فلما رد الضمير
على الاناث علم أنه موضوع لهن على الانفراد وسمى نفسه أرملا تجاوزا تشبيها بهن
ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر وبدل على ارادة المجاز أن اللفظ عند اطلاقه
لا يفهم منه الا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع
لغيرهن ، ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكن قد خص به أهل العرف
النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها
حكم كسائر الالفاظ العرفية .

فصل

فأما لفظة الأيامي فهو كالأرامل لأنه لكل امرأة لا زوج لها ، قال الله تعالى (وأنكحوا الأيامي منكم) وفي بعض الحديث ، أعوذ بالله من بوار الأيم ، وقال أصحابنا هو للرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد ابن المسيب قال : أمت حفصة بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية وقال الشاعر :

فإن تنكحني أنكح وإن تنأمني وإن كنت أفتى منكم أفتيهم
ولنا أن العرف يخص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي وقول النبي صلى الله عليه وسلم ، أعوذ بالله من بوار الأيم ، إنما أراد به المرأة فإنها التي توصف بهذا ويضر بوارها .

(فصل) والعزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء ، يقال رجل عزب وامرأة عزبة وإنما سمي عزبا لانفراده ، وكل شيء انفرد فهو عزب ، قال ذو الرمة يصف ثورا من الوحش انفرد .

يجلو البوارق عن مجلمز لحق كأنه متقي يلمق عزب

ويحتمل أن يختص العزب بالرجال لأنه في العرف كذلك ، والشيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة ، قال النبي صلى الله عليه وسلم ، البكر بالبكر جلد مائة وفي سنة ، والشيب بالشيب الجلد والرجم ، والعانس من الرجال والنساء الذي كبر ولم يتزوج ، قال قيس بن رقاعة الواقفي :

فينا الذي هو ما إن طر شاربه والعانسون وفينا المرد والشيب

والكهول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى (وبكلم الناس في المهد وكهلا) قال المفسرون : ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النبات إذا تم وقوى ثم لا يزال كهلا حتى يبلغ خمسين ثم يشيخ ثم لا يزال شيخا حتى يموت .

(فصل) وإذا أوصى جماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صرح ، وأجزأ الدفع إلى واحد منهم ، وبه قال الشافعي في أحد الوجهين إلا أنه قال يدفع إلى ثلاثة منهم لأنه أقل الجمع ، وقال أبو حنيفة : لا تصح

الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها لأنها يدخل فيها الأغنياء والفقراء وإذا وقعت للأغنياء لم تكن قرية وإنما تكون حفا لآدمى وحقوق الادميين إذا دخلت فيها الجهالة لم تصح كالمأقر للمجهول .

ولنا أن كل وصية صحت لجماعة محصورين صحت لهم وإن لم يكونوا محصورين كالفقراء . وما ذكرناه غير صحيح ، فإن الوصية للأغنياء قرية ، وقد نذب النبي صلى الله عليه وسلم إلى الهدية . وإن كانت لغنى ، وأما جواز الدفع إلى واحد فبنى على الدفع في الزكاة ، وقد مضى الكلام فيه هناك

، مسألة ، قال (والوصية بالحمل وللحمل جائزه إذا أنت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكا بأن يكون رقيقا أو حمل بهيمة مملوكة له لأن الفرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى اعتاق الحمل فإن انفصل مبنا بطلت الوصية وإن انفصل حيا وعلما وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وإن لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدوثه ، ولو قال أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذه أو نخلتي هذه جاز لما ذكرنا من صحتها مع الفرر ، وأما للوصية للحمل فصحيحة أيضا لأن علم فيه خلافا ، وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وقال سبحانه (فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ، ولأن الوصية أوسع من الميراث فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى ، ولأن الوصية تتعلق بخطر وفرر فتصح للحمل كالعتق ، فإن انفصل الحمل مبنا بطلت الوصية لانه لا يرث ، ولانه يحتمل أن لا يكون جبا حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك ، وسواء مات لعارض من

ضرب البطل أو ضرب دواء أو غيره لما يئنا من أنه لا يرث ، وإن وضعته جبا
صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية ، نقل الحرقى إذا أتت به لأقل من
سنة أشهر ، وليس ذلك شرطا في كل حال لكن إن كانت المرأة فراشا لزوج
أو سيد يطؤها فأتت به لستة أشهر فما دون علمنا وجوده حين الوصية ، وإن أتت
به لاكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية .

وإن كانت بائنا فأتت به لاكثر من أربع سنين من حين الفارقة وأكثر من
سنة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له ، وإن أتت به لأقل من ذلك صحت
الوصية له لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده إذا أتت به
لأقل من أربع سنين من حين الفارقة ، وهذا مذهب الشافعى ، وإن وصى لـ
امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به ، وإن كان متنفيا
باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبة المشروط في الوصية ،
فأما إن كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد إلا أنه لا يطؤها لكونه غائبا في بلد بعيد
أو مريضا مرضا ينمى الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها
وأقروا بذلك فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما إذا كان يطؤها لأنها
لم يفرقا في حقوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها ، ويحتدل أنه
متى أتت به في هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية
مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت
به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها
حاملًا صحت الوصية له لأنه ثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم وقد انتفت
أسباب حدوثه ظاهراً فينبغى أن تثبت له الوصية .

والحكم بالحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطاً للنسب فإنه يلحق
بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً ، ولا يلزم من اثبات النسب بمطلق الاحتمال نفي
استحقاق الوصية فإنه لا يحتاط لأبطال الوصية كما يحتاط لاثبات النسب فلا يلزم
الحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور ما يثبت ويصححه .

(فصل) وإن وصى بالحمل الموجود اعتبر وجوده في حمل الامة بما يعتبر وجود
الحمل الموصى له وإن كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام

(فصل)

وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح ، وقال بعض أصحاب الشافعي : يصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية .

ولنا أن الوصية تملك فلا تصح للمعدوم ، بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، ولو مات انسان لم يرثه من الحمل الا من كان موجوداً كذلك الوصية ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط في شبكته صيد لورثته ورثته ، ولذلك قضينا بثبوت الارث في دينه وهي تتجدد بعد موته لحاز ان تملك بالوصية .

فإن قيل : فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف . قلنا الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود فكذا الوصية . والوقف يراد للدوام فمن ضرورته اثباته للمعدوم .

(فصل) وإذا أوصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية لأن ذلك عطية وهبة فأشبه ما لو وهبها شيئاً بعد ولادتهما ، وإن فاضل بينهما فهو على ما قال كالوقف . وإن قال : إن كان في بطنها غلام فله ديناران ، وإن كان فيه جارية فلها دينار فولدت غلاماً وجارية فلكل واحد منهما ما وصى له به ، لأن الشرط وجد فيه ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال : إن كان حملها أو إن كان ما في بطنها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فلها دينار ، فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته . وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن ، وبهذا قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور

(فصل) وإن أوصى بشجرة أو بستان أو غلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله ، هذا قول الجمهور ، منهم مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ؛ وقال ابن أبي ليلى : لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها معدومة ولنا أنه يصح تملكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويعتبر بخروج

ذلك من ثلث المال ، نص عليه أحمد في سكنى الدار ، وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها ، فإن لم يخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث : وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : إذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال . وقال أصحاب الرأي وأبو ثور : إذا أوصى بخدمة عبده سنة ، فإن العبد يخضع للموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة . فإن أراد الورثة بيع العبد بيع على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان . إذا ثبت هذا فتي أريد تقويمها . فإن كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة ، تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها ، وإن كانت الوصية مطلقة في الزمان كله فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها جميعاً ويعتبر خروجها من الثلث لأن عبداً لا منفعة له وشجراً لا ثمر له لا قيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له ، وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته ، فإذا قيل قيمته مائة ، قيل كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فإذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون

(فصل) وإن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها جاز ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز إجارة المنفعة المستحقة بالوصية لأنه إنما أوصى له باستيفائه

ولنا أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً فملك أخذ العوض عنها بالأعيان ، كما لو ملكها بالإجارة ، وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك ، وبه قال أبو ثور . وقال أصحاب الرأي : لا يخرجهم إلا أن يكون أهلهم في غير البلد فيخرجهم إلى أهلهم . ولنا أنه مالك لنفعه فملك إخراجه كالمستأجر

(فصل) وإذا أوصى له بشجرة شجرة مدة أو بما يشتر أبداً لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على سقيها لأنه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره : وإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه وإذا بيعت الشجرة كان حطبها للوارث ، وإن وصى له بشمرتها سنة بعينها فلم يحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له ، وإن قال لك ثمرتها أول عام تثمر صح

وله ثمرتها أول عام تثمر ، وكذلك إذا أوصى له بما تحمل جاريته أو شاته ، وإن وصى لرجل بشجرة ولاخر بثمرتها صح : وكان صاحب الرقبه قائما مقام الوارث وله ماله ، وإن وصى له بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بشمرة الشجرة ، وإن وصى بلبنها خاصة أو صوفها خاصة صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) فأما نفقة العبد الموصى بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها ، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبه ، هذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبها لأحد ، وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي . لأن النفقة على الرقبه فكانت على صاحبها كالعبد المستاجر . وكما لو لم يكن له منفعة . قال الشريف : ولأن الفطرة تلزمه : والفطرة تتبع النفقة ، وجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه . ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة ، وهو قول أصحاب الرأي والاصطخري وهو أصح إن شاء الله ، لأنه يملك نفعه على التأييد فكانت النفقة عليه كالزوج ، ولأن نفعه له فكان عليه ضره كالمالك لهما جميعا ، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر بمجرد . فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع عبي وأبقيت على ورثتي ضره . وإن وصى بنفعه لإنسان ولاخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفي هذا بقوله لا ضرر ولا ضرار ، ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضره على من له نفعه ، وفارق المستاجر فإن نفعه في الحقيقة للوَجَر لأنه يأخذ الأجر عوضا عن منافعه ، وقيل تجب نفقته في كسبه ، وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة ، لأن كسبه من منافعه ، فإذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها إلى النفقة ، فصار كما لو صرف إليه شيء من ماله سواء

(فصل) وإذا أعتق الورثة العبد عتق ومنفعته باقية للموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشيء ، وإن أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لأن العتق للرقبه وهو لا يملكها وإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد وأسقطها عنه فلمورثة الانتفاع به لأن ما يوهب للعبد يكون لسيدته ، وإن أراد صاحب الرقبه بيع العبد فله ذلك ويباع مسلوب المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه ، وقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لأن مالا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والمينات ، وقيل يجوز بيعه

من مالك منفعتة دون غيره ، لأن مالك منفعتة يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره . وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض

ولنا أنه عبد مملوك تصح الوصية به ، فصح بيعه كغيره ، ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعته بخلاف الحشرات . وإن وصى لرجل برقبة عبد ولاخر بنفقه صح وقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

(فصل) وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته فأتت بولد من زوج أو زنا فهو مملوك حكمه حكم أمه لأن الولد يتبع الأم في حكمها كولد المكاتب والمديرة ، ويحتمل أن يكون للمالك الرقبة لأن ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفقه ، وإن وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطئ . لصاحب المنفعة عند أصحابنا وعندى أنه لصاحب الرقبة ، لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها منفردة عن الرقبة بغير التزويج ، وإنما هي تابعة للرقبة فتكون لأصحابها ولا يستحق صاحب المنفعة أخذ بدلها ، وإن أتت بولد فهو حر وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في أحد الوجهين ، وفي الآخر يشتري بها عبد يقوم مقامه ، وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة وطؤها ، لأن صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرهما أقول الله عز وجل (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاما ولا يامن أن تحبل منه ، فربما أفضى إلى إهلاكها ، وأبيها وطئها فلا حد عليه لأنه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منها فيها ، وولده حر لأنه من وطء شبهة ، فإن كان الواطئ مالك المنفعة لم تصر أم ولد له لأنه لا يملكها وعليه قيمته ولدها يوم وضعه ، وحكمها على ما ذكرنا فيما إذا وطئها غيرهما بشبهة ، وإن كان الواطئ مالك الرقبة صارت أم ولد له لأنها علفت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان . وأما المهر فعندى أنه إن كان الواطئ مالكا للرقبة فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعة إذا كان هو الواطئ ؛ وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي بعكس

ذلك فيها وقد تقدم تعليل ذلك ، ويحتمل أن يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطى .
لانه لا يملك الا المنفعة فلزمه الحد كالمستاجر . فعلى هذا يكون ولده مملوكا

(فصل) وليس لواحد منهما تزويجها لأن مالك المنفعة لا يملك رقبتهما ومالك
الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر صاحب المنفعة بتزويجها فان طلبت ذلك
لزم تزويجها لانه لحقها وحققها في ذلك مقدم عليها بدليل أنها لو طلبته من سيدها
الذى يملك رقبتهما ونفعها أجبر عليه وقدم حقها على حقه : وكذلك ان اتفقا على
تزويجها قبل طلبها جاز ووليها في الموضعين مالك رقبتهما لانه مالكهما ، والكلام
في مهرها وولدها على ما تقدم في الفصل الذى قبله

(فصل) وان قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشتري بها ما يقوم مقام
الموصى به : لأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها اذا لم يطل سبب استحقاقها ،
وفارق الزوجه والعين المستاجرة . لان سبب الاستحقاق يطل بتلفهما ، ويحتمل
أن يجب القيمة للوارث أو مالك الرقبة ، وتبطل الوصية لأن القيمة بدل الرقبة
فتكون لصاحبها ، وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل بالاجارة

(فصل) واذا أوصى لرجل بحب زرعه ولاخر بنبتة صح والنفقة بينهما لان
كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الاتفاق فهما بمنزلة
الشريكين فى أصل الزرع اذا امتنع أحدهما من سقيه والاتفاق عليه فيخرج فى ذلك
وجهان . أحدهما يجبر على الاتفاق عليه . هذا قول أبى بكر : لان فى ترك الاتفاق
ضرراً عليهما واضاعه المال ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار .
ونهى عن اضاعة المال . والوجه الآخر لا يجبر ، لانه لا يجبر على الاتفاق على مال
نفسه ولا مال غيره اذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك اذا اجتمعا ، وأصل
الوجهين اذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر الى مباناته فامتنع
وينبغى أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا
مشاركين فى أصل الزرع .

(فصل) وان أوصى له بخاتم ولاخر بنفسه صح وليس لواحد منهما الانتفاع
به الا بإذن صاحبه ، وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب اليه وأجبر الاخر
عليه ، وان اتفقا على بيعه أو اصطلاحا على لبسه جاز لان الحق لهما لا بعدوهما .

(فصل) وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلته ديناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار ، وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث فلم يبيع مازاد عليه وعليهم ترك الثلث فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهو للوصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة .

(فصل) وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والطير في الهواء والسماك في الماء لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فإن قدر عليه أخذه وسله إذا خرج من الثلث وللوصى السعي في تحصيله فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث

مسألة ، قال (وإذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بيمين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثله ثم وصى لآخر بثله أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى ، وبهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي : وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للآخر منهما لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول فكان رجوعاً كما لو قال ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولأن الثانية تنافى الأولى فإذا أتى بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورتي .

ولنا أنه وصى لهما بها فاستويا فيها كما لو قال لهما وصيت لكما بالجارية وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك .

(فصل) وإن وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثله فهو بينهما أرباعاً وعلى قول الآخرين ينبغي أن يكون للثاني ثلثه كاملاً وإن وصى بعبد لاثنين فرد أحدهما وصيته فللآخر نصفه وإن وصى لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملاً لأنه وصى له به منفرداً وزالت المزاوجة فأكمل له كما لو انفرد به .

(فصل : إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلاً عاقلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف معه الموصى له واشتركا في الثلث ، وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشاركه المقر له بناءً منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وإن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن ثبت له البينة لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل بالمقر به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً .

وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه ثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بينة ، وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل فيه وجهان

أحدهما : لا يقبل لأن حق الأول ثبت في الجميع فأشبه ما لو أقر له في مجلس آخر : والثاني : يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة فإن الحرقى قال وإذا خلف ابنا وألف درهم فأقر بها لرجل ثم أقر بألف لآخر فإن كان في مجلس واحد فالألف بينهما وإن كان في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني ، والأول أقبح لأن حق الأول ثبت في الثلث كاملاً لإقراره به منفرداً فأشبه ما لو كان في مجلسين وكما لو أقر بدراهم ثم سكت ثم قال زيوتاً أو صغاراً أو إلى شهر أو كما لو استثنى عما أقر به بكلام منفصل في المجلس .

مسألة : (وإن قال ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر)

هذا قولهم جميعاً : وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو أيضاً على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبه ما لو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فإنه

يَحْتَمَلُ أَنَّهُ قَصْدُ التَّشْرِيكِ بَيْنَهُمَا وَقَدْ ثَبَّتَتْ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ بَقِيَّتَنَا فَلَا تَزُولُ بِالشَّكِّ .
(فصل) وَإِنْ قَالَ مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَتَنْصِفُهُ لِفُلَانٍ أَوْ ثُلُثَهُ كَانَ رَجُوعًا
فِي الْقَدْرِ الَّذِي وَصَّى بِهِ لِلثَّانِي خَاصَّةً وَبَاقِيَهُ لِلأَوَّلِ .

(فصل) وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ لِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِي جَمِيعِ مَا أَوْصَى بِهِ
وَفِي بَعْضِهِ إِلَّا الْوَصِيَّةَ بِالْإِعْتِقَاقِ وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى جَوَازِ الرَّجُوعِ فِي الْوَصِيَّةِ بِهِ
أَيْضًا ، رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ يَغْيِرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنْ وَصِيَّتِهِ ، وَبِهِ
قَالَ عَطَاءٌ وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ وَالزَّهْرِيُّ وَقَتَادَةُ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ
وَأَبُو نُورٍ ، وَقَالَ الشَّعْبِيُّ وَابْنُ سِيرِينَ وَابْنُ شَبْرَمَةَ وَالزَّحْمِيُّ يَغْيِرُ مِنْهَا مَا شَاءَ إِلَّا الْعَتَقَ
لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير .

وَلَنَا أَنَّهَا وَصِيَّةٌ فَتِلْكَ الرَّجُوعُ عَنْهَا كَغْيَرِ الْعَتَقِ وَلأنها عطية تنجز بالموت
فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهبه ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه ، وفارق
للتدبير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة .

(فصل)

وَيَحْصُلُ الرَّجُوعُ بِقَوْلِهِ رَجَعْتُ فِي وَصِيَّتِي أَوْ أَبْطَلْتُهَا أَوْ غَيَّرْتُهَا أَوْ مَا أَوْصَيْتُ
بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ أَوْ فَهُوَ لَوَرَثَتِي أَوْ فِي مِيرَاثِي ، وَإِنْ أَكَلَهُ أَوْ أَطْعَمَهُ أَوْ أَتْلَفَهُ
أَوْ وَهَبَهُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَانَ ثَوْبًا غَيْرَ مَفْصَلٍ فَفَصْلُهُ وَلِبْسُهُ أَوْ جَارِيَةٌ
فَأَحْبَلُهَا أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا فَهُوَ رَجُوعٌ .

قَالَ ابْنُ الْمُنْذَرِ أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِطَعَامٍ
فَأَكَلَهُ أَوْ بَشَى فَأَتْلَفَهُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ بِجَارِيَةٍ فَأَحْبَلُهَا أَوْ أَوْلَدَهَا أَنَّهُ
يَكُونُ رَجُوعًا ، وَحَكَى عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ أَنَّ بَيْعَهُ لَيْسَ بِرَجُوعٍ لِأَنَّهُ أَخَذَ
بَدْلَهُ بِخِلَافِ الْهَبَةِ .

وَلَنَا أَنَّهُ إِذَا أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه ، وإن عرضه على البيع
أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه
أو دبره كان رجوعا لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة
ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى والكتابة بيع
والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له ، وإن رهنه كان

رجوعا لأنه علق به حقما يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزيل الملك فأشبهه بإجارته وكذلك الحكم في الكتابة (فصل) وإن وصى بحب ثم غنجه أو بدقيق فعجنه أو بمعجين فخبزه أو بخبز وفته أو جعله فتينا كان رجوعا لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه، وبهذا قال الشافعي، وإن وصى بكتان أو قطن فغزله أو بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فغزبها أو شاة فذبحها كان رجوعا، وبهذا قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لأنه لا يزيل الاسم.

ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعا كالتى قبلها ولا يصح قوله إنه لا يزيل الاسم فإن الثوب لا يسمى غزلا والغزل لا يسمى كتانا.

(فصل)

وإن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لأنه يتعذر بذلك تسليمه فدل على رجوعه، فإن خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا لأنه يمكن تسليمه، وإن وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعا سواء خلطها بمثلها أو بخبز منها أو دونها لأنه كان مشاعا وبقي مشاعا، وقيل إن خلطه بغيره منه كان رجوعا لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه.

(فصل) وإذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصى مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زروعا أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصى بطلت الوصية بها لأن الباقي لا يتناول الاسم، وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلت إليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع.

(فصل) وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين، ولأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود، والثاني: يكون رجوعا لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له، وإن

غسل الثوب أو لبسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الامة أو زوجها أو عليها أو وطنها لم يكن رجوعا لان ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطء الامة رجوع لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل ، والاول أولى لانه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفضى اليه يقينا فأشبهه لبس الثوب فإنه ربما أتلفه وليس برجوع .

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن أحمد في رجل قال هذا ثلثي لفلان ويعطى فلان منه مائة في كل شهر إلى أن يموت فهو للأخر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فإن مات وفضل شيء رد إلى صاحب الثلث لحكم الوصية وإنفاذها على ما أمر به الموصي .

« مسألة » قال (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها مالم يعلم رجوعه عنها)

نص أحمد على هذا في رواية إسحاق بن إبراهيم فقال : من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ، وروى عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليه فيقر بما فيها ؛ وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا ههنا .

وأبلغ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادة بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجوز للحاكم إنفاذ الحكم بما وجدته ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه ؛ فهنا أولى ، وقد نص أحمد على هذا في الشهادة ووجه قول الخرقي قول النبي صلى الله عليه وسلم « ما من امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادته وما ذكرناه في الفصل الاول الذي يلي هذا ، ولأن الوصية يتسامح فيها ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر وصحت للحمل به ؛ وبما لا يقدر على تسليمه وبالمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث .

(فصل) وان كتب وصيته وقال اشهدوا على بما في هذه الورقة أو قال هذه

وصبني فاشهدوا على بها فقد حكى عن أحمد أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا على بها في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقرأ بها فيه وهو قول من سمينا في المسألة الأولى . ويحتمل كلام الحرقى جوازه لأنه إذا قبل خطه المجرد فهذا أولى ، ومن قال ذلك عبد الملك ابن يعلى ومكحول ونمير بن إبراهيم ومالك والليث والأوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد وإسحاق .

واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عماله وأمراته في أمر ولايته وأحكامه وسنته ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولايتهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال يعيشون بها محتومة لا يعلم حاملها ما فيها وامضوها على وجوهها : وذكر استخلاف سليمان ابن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فكان إجماعاً ، ووجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجوز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى القاضي ، فاما ما ثبت من الوصية بشهادة أو إقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه ، وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصى به مثل أن يوصى في مرض فيبراً منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاءه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام .

فصل

ويستحب أن يكتب الموصى وصيته ويشهد عليها لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ، وروى عن أنس أنه قال : كانوا يكتبون في صدور وصاياهم (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يمت من في القبور ، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنه ويعقوب (يا بني إن الله اصطفى لكم الدين

فلا تموتن إلا وأنتن مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام
ابن حسان عن ابن سيرين عن أنس ، وروى عن ابن مسعود أنه كتب
(بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود : إن حدثتني
حادث الموت من مرضى هذا إن مرجع وصيتي إلى الله وإلى رسوله ثم إلى الزبير
ابن العوام وابنة عبد الله وأنها في حل وبلى فيما وليا وقضيا وأنه لا تزوج امرأة
من بنات عبد الله إلا بإذنها :

وروى ابن عبد البر قال : كان في وصية أبي الدرداء (بسم الله الرحمن الرحيم)
هذا ما أوصى به أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن
محمداً عبده ورسوله ، وأن الجنة حق ، وأن النار حق ، وأن الله يبعث من في
القبور ، وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت إن شاء الله ،
وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا ، وأن هذه وصيته إن لم يغيرها .

مسألة ، قال (وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث)

وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق والمحابة والهبة المقبوضة والصدقة
والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال إذا كانت في الصحة
فهي من رأس المال لا تعلم في هذا خلافا ، وإن كانت في مرض مخوف اتصل به
الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء .

وحكى عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح
لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
« إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم » رواه
ابن ماجه ، وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران
ابن حصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم
فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم
فأعتق اثنين وأرق أربعة متفق عليه ، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ،
ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز
الثلث كالوصية .

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة أشياء (أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة (الثاني) أنها لا تصح لو ارث إلا بإجازة بقية الورثة (الثالث) أن فضيلتها نافعة عن فضيلة الصدقة في الصحة : ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصدقة قال : أن تصدق وأنت صحيح صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر : ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان ، متفق عليه ، ولفظه قال : قال رجل يا رسول الله أى الصدقة أفضل ؟ (الرابع) أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث (الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ويفارق الوصية في ستة أشياء .

أحدها : أنها لازمة في حق المعطى ليس له الرجوع فيها وإن كثرت . ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع في الوصية ، لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع في الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ، ففيها قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فإنه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت . الثاني : أن قبولها على الفور في حال حياة المعطى وكذلك ردها ، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت لما ذكرنا من أن العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت . الثالث : أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق والوصية بخلافه .

الرابع . أنها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فإنه حكى عنهم تقديمه لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وقفه وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه .

ولنا أن العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة وكألو تساوى الحقان .

الخامس : أن العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدىء بالأول فالأول ، سواء

كان الأول عتيقاً أو غيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد ، وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت ، وإن تأخرت سوى بينها وبين العتق ، وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية ، وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر .

ولنا أنها عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى محاباة عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبه : ولأن العطية المنجزة لازمه في حق المعطى فإذا كانت خارجة من الثلث لزمته في حق الورثة فلو شاركها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطى لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه وإنما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة غير صحيح فإنها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث ، فأما أن وقعت دفعة واحدة كان وكل جماعة في هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينها فأكملنا العتق كله في بعضهم ، وإن كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطايهم لأنهم تساؤوا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كفرماء المفلس ، وإنما خولف هذا الأصل في العتق لحديث عمران بن حصين ، ولأن القصد بالعتق يكمل الأحكام ولا تكمل الأحكام إلا بتكميل العتق بخلاف غيره ، ولأن في قسمة العتق عليهم أضراراً بالورثة والميت والعبيد على ما يذكر في موضعه ، وأن وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان .

أحدهما : أن يقدم العتق لتأكيده ، والثانيه : يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد ، وذلك لأن استحقاقها حصل في حالة واحدة .

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل تقيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا ، وإن شاءوا منعوا والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم .
(فصل) إذا قال المريض إذا أعتقت سعداً فسعيد حرثم أعتق سعداً عتق سعيد

أيضا ان خرجا من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث الا أحدهما عتق سعد وحده ولم يفرع بينهما لوجهين .

أحدهما : أن سعدا سبق بالعتق ، والثاني : أن عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه لقات اعتاق سعيد أيضا لقوات شرطه وان بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال : ان أعتقت سعدا فسعيد وعمرو حران ، ثم أعتق سعدا ولم يخرج من الثلث الا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا ، وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأفرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث ، لان عتقهما في حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطا في عتق الآخر ، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أفرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشخيص في الآخر ، وان قال : ان أعتقت سعدا فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران في حال اعتاق سعدا فالحكم سواء لا يختلف ، لان عتق سعد شرط لعتقهما فلو رق بعضه لقات شرط عتقهما فوجب تقديمه ، وان كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ما ذكرنا .

فصل : وان قال : ان تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة معتبة من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث الا المحاباة أو العبد فالمحاباة أولى لانها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطا في عتقه فقد سبقت عتقه ، ويحتمل أن يتساويا لان التزويج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحاباة ؟ على روايتين وهذا فيما اذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الإرث او لفارقه اياها في حياته اما بموتها أو طلاقها او نحوه ، فأما ان ورثته تبين انها غير ثابتة لها الا بإجازة الورثة فينبغي ان يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدما ، وان قال انت حر في حال تزويجي فتزوج وأصدق أكثر من مهر المثل ، فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل جمالة لإيقاع العتق كما في عتق سعد وسعيد ، وبطلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذي ذكرته يكون العتق سابقا لان المحاباة انما ثبتت بنها التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقا على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث

(فصل) إذا أعتق المريض شقصا من عبد ثم أعتق شقصا من آخر ولم يخرج من الثلث إلا العبد الاول عتق وحده ، لأنه يعتق حين يلفظ باعتاق شقصه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك ، وإن أعتق الشقصين دفعة واحدة فلم يخرج من الثلث إلا الشقصان عتقا ورق باقي العبدین ، وإن لم يخرج إلا أحدهما أقرع بينهما ، وإن خرج عتق الشقصان وباقي أحد العبدین ففيه وجهان .
أحدهما : يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما : كما لو أعتق العبدین فلم يخرج من الثلث الا أحدهما

والثاني : يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة ، لأنه أوقع عتقا مشقصا فلم يكمله ، بخلاف ما إذا أعتق العبدین ، ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقناهما ولم يقرع بينهما ولم يكمله من أحدهما ، ولو أوصى باعتاق النصيبين وأن يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه ، لأن الموصى أوصى بتكامل العتق فجري مجرى إعتاقهما بخلاف التي قبلها .

(فصل) وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالهبة والميراث عتق وورث المريض إذا مات ؛ وبهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يعتق ولا يرث لأن عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث ، وهذا لا يصح لأنه لو كان وصيه لا يعتبر من الثلث ، كما لو اشتراه ، وجعل أهل العراق عتق المرهون وصية يعتبر خروجه من الثلث فإن خرج من الثلث عتق وورث وإن لم يخرج من الثلث يسمى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يحنسب بقيمته من ميراثه فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه .

ولنا أن الوصية هي التبرع بماله بعطية أو اتلاف أو التسبب إلى ذلك ولم يوجد واحد منهما ، لأن العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله ، وإنما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه ، وفارق الشراء فإنه تضييع لماله في ثمنه .

وقال القاضي : هذا الذي ذكرناه قياس قول أحد ، لأنه قال في مواضع .

إذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية ، لأن الوقف ليس بمال لأنه لا يباع ولا يورث . قال الخبر . هذا قول أحد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحد خلافا . فأما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي : ان حله الثلث عتق وورثته ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقية على الرق ، فإن كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا وصية لوارث ويحتسب بقيته من ميراثه . فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه .

وقال بعض أصحاب مالك : يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث ، وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازة للوارث فهذا أولى ، لأن العبد لا يملك رقبته فيجعل ذلك وصية ، ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لأنه لم يصل إليه ، ولا وصية للبائع لأنه قد عاوض عنه . وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنع ذلك الميراث . واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله ، فقال بعضهم اذا حله الثلث عتق وورث . لأن عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا .

وقيل يعتق ولا يرث لأنه لو ورث لصارت وصية لوارث فتبطل وصيته ويبطل عتقه وإرثه فيفضى توريثه الى ابطال توريثه ، فكان ابطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل ، لأن ثمنه وصية . والوصية تقف على خروجها من الثلث أو اجازة الورثة . والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا .

ومن مسائل ذلك : مريض وهب له ابنه قبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر ، فإنه يعتق وله مائة ولاخيه مائة . وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي : وقيل على قول الشافعي لا يرث والمائتان كلها للإبن الحر .

وقال أبو يوسف ومحمد : يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه ، وان كان قيمته مائتين وبقيته التركة مائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه ، وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : يعتق منه نصفه لأنه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقية ولا يرث ، لأن المستسمى

عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع : الرجل يعتق أمته على أن تزوجه .
والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأيان ذلك ، والعبد المرهون يعتقه سيده ؛
والمشترى للعبد يعتقه قبل قبضه وعما معسران ، ففي هذه المواضع يسمى كل واحد
في قيمته وهو حر يرث

وقال أبو يوسف ومحمد . يرث نصف التركة ، وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسمى
في ربع قيمته لأخيه . وإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن
ولا وارث عتقن من رأس المال ، وهذا قول مالك ، وإن كان اشتراهن فكذلك
فيما ذكره الخبر عن أحمد : وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض
أصحاب مالك . وعلى قول القاضي يعتق ثلثن في أحد الوجهين وهو قول مالك ،
وفي الآخر يعتق كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح
الروايتين ، وإن ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن

وقال أبو حنيفة : إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث
عتقن وتسمى كل واحدة من الأخت للأب والأخت للأم في نصف قيمتها للأخت
من الأب والام ، وإنما لم يرثا لانهما لو ورثا لكان لهما خمس الرقاب ، وذلك رقبة
وخمس بينهما نصفين ، فكان يبقى عليهما سعاية ، وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا
وكانت لهما الوصية وهي رقبة بينهما نصفين ، وأما الأخت للابوين فإذا ورثت
عتقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب . وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت
وصيتها . وقال أبو يوسف ومحمد : تبعض وتسمى كل واحدة من الأخت للأب
والأخت من الام للأخت من الابوين في خمس قيمتها ، لان كل واحدة ترث
ثلاثة أخماس رقبة وعلى قول الشافعي يعتقن

(فصل) وإن اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف
ابنا فعلى القول الذي حكاه الخبر يعتق كله على المريض وله ولاؤه ، وعلى قول
القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق باقيه على الابن لانه جده ويكون ثلث ولائه
للمشترى وثلثاه لإبنته ، وهذا قول مالك : وقيل هو مذهب الشافعي . وقال
أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسمى للإبن في قيمة ثلثه

وقال أبو يوسف ومحمد . يعتق سدسه لانه ورثه ويسمى في خمسة أسداس قيمته

للإبن ولا وصية له ، وقيل على قول الشافعى بفسخ البيع إلا أن يجيز الابن عتقه ،
وقيل بفسخ في ثلثيه ويعتق في ثلثه والبايع الحيار لتفرق الصفقة عليه ، وقيل لا خيار
له لأنه متلف ، فإن ترك ألفين سواء عتق كله وورث سدس الألفين والباقي للإبن
وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقيل نحوه على قول الشافعى ، وقيل على قوله يعتق
ولا يرث ، وقيل شراؤه مفسوخ

وقال أبو يوسف — ومحمد : يرث الأب سدس التركة وهو خمسمائة يحتسب
بها من رقبته ويسمى في نصف قيمته ولا وصية له ، وإن اشترى ابنه بألف
لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء في الوجه الأول ، وفي الثاني
يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثاً ، وبهذا قال
مالك ، وقول الشافعى فيه على ما ذكرنا في مسألة الأب . وقال أبو حنيفة . يعتق
ثلثه بالوصية ويسمى في قيمة ثلثه للأب ولا يرث

وقال أبو يوسف — ومحمد : يرث خمسة أسداسه ويسمى في قيمة سدسه ،
وإن ترك ألفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الألفين وللأب السدس ،
وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف — ومحمد : للأب سدس التركة
خمسمائة وباقيها للإبن يعتق منها ويأخذ ألفاً وخمسمائة ، وإن خلف مالا يخرج
المبيع من ثلثه فعلى الوجه الأول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل ، وعلى الوجه
الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية ، فإن لم يخلف
المشتري أباً حراً ولكن خلف أخاً حراً ولم يترك مالا عتق من رأس المال على
الوجه الأول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الأخ ثلثه ثم يعتق عليه . وقال
أبو حنيفة : يعتق ثلثه ويسمى لعمه في قيمة ثلثه .

وقال أبو يوسف — ومحمد : يعتق كله ولا سعاية ، وإن خلف ألفين سواء عتق
وورث الألفين ولا شيء للأخ في الأقوال كلها إلا ما قيل على قول الشافعى أنه
يعتق ولا يرث : وقيل شراؤه باطل ، فإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمه
ثلثا ألف وخلف ابناً آخر فعلى الوجه الأول يعتق من رأس المال ويستقر ملك
البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لأن المشتري حاباه به ، ولم يبق من

التركة سواء فيكون له ثلثه وهو تسع ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين :
وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثه فيعتق عليه . وللبيع ثلث المحاباة
ويرد ثلثها فيكون ميراثا . وقال أبو حنيفة . الثلث للبايع ويسمى المشتري في
قيمته لآخيه . وقال أبو يوسف ومحمد : يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها .
وقال الشافعي المحاباة مقدمة لتقديهما ويرث الابن الحر أخاه فيملكه ، وقيل يفسخ
البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لان في تقديهما تقرير ملك الاب على
ولده ، وقيل يفسخ البيع في جميعه ، فإن كانت قيمته ثلث الالف فعلى الوجه الاول
يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا ألف ويرد البايع أربعة
أشباع ألف فتكون بين الابنين ، وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين :

أحدهما : تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البايع ثلثي الالف
فيكون بينها . والثاني أن يعتق ثلثه ويكون للبايع تسعا ألف ويرد أربعة أشباعها
كما قلنا في الوجه الاول

وقال أبو حنيفة : للبايع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسمى الابن في قيمته
لآخيه ، وفي قول أبي يوسف ومحمد يرد البايع ثلث الالف فيكون للابن الحر ،
ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث ، وقيل على قول الشافعي يرد البايع ثلث الالف
فيكون ذلك مع الابن المشتري للحر وقيل غير ذلك ، وإن اشتراه بألف لا يملك
غيره وقيمته ثلاثة آلاف ، فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ، ومن جعل ذلك
وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقية على أخيه الا في قول الشافعي ومن وافقه
فإن الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن ، وذلك تسعا رقبة لانه
يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته ، وقيل يفسخ البيع في ثلثيه وقيل في جميعه ، وقال
أبو حنيفة : يسعى لآخيه في قيمة ثلثيه

وقال أبو يوسف ومحمد : يسعى له في نصف قيمته ، فإن ترك ألفين سواء
عتق كله ، لان التركة هي الثمن مع الالفين ، والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث
نصف الالفين وهو قول الشافعي ؛ وقيل يعتق ولا يرث ، وعند أبي حنيفة وأصحابه
التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف ، فعلى قول أبي حنيفة يعتق منه قدر ثلث

ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسمى لأخيه في الألف وثلث ألف وفي قول صاحبه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسمى لأخيه في خمسمائة والألفان لأخيه في قولهم جميعا .

ولو اشترى المريض ابنى عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاة فإن قياس قول القاضى إن شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثى بقية التركة فيعتق منه ثمانية أتباعه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لأنه يصير بالاعتاق وارثا لثلثى التركة فتنفذ إجازته في اعتاق باقية فتكمل له الحرية ثم يكمل الميراث له وفي قياس قول أبى الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لأنه لو ورث لكان اعتاق وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل إرثه فيؤدى تورثه الى إبطال تورثه . وهذا قول للشافعى ويبقى لك وابن العم الآخر للمولى .

وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثا المعتق ويسمى فى قيمة ثلثه ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكونان أحق بالميراث من المولى فإن كان للبيت مال سواهما أخذوا ذلك المال بالميراث ويغرم بالمعتق لأخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأن عتق الأول وصية له ولا وصية لو ارث وقد صار وارث مع أخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالمعتق الذى جرى فيها فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأخيه .

وأما قول أبو حنيفة فإن كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا وغرم الأول لأخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرم له نصف قيمته نفسه لأنه إذا لم يدع وارثا جازت وصية لأنهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول لأنه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية فى جميع رقبته لأن الميت إذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعا ويرجع الثانى على الأول بنفسه .

قيمته لأنه يقول قد صرت أنا وأنت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني
وقد كانت رقبتي لك وصية وعنتت من قبلك فأضمن لي نصف رقبتي فإن كان
معسراً وهناك مال غيرهما أخذ الثاني نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف
قيمة نفسه وكان ما بقي ميراثاً لأخيه الأول .

(فصل)

وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف تبرع بالف ثم اشترى أباه عما بقي وله
ابن فعلى قول من قال ليس الشراء بوصية يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث
المال حال الموت وما بقي فللأب سدسه وباقيه للابن . على قول القاضى ومن جعله
وصية لا يعتق أب لأن تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث ويقدم الأول فالأول
وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لأنه
إنما عتق بعد الموت ؛ وإن وهب له أبوه عتق وورث لأن الهبة ليست بوصية ،
وكذلك إن ورثه وإن اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضى لأنه إذا
لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه في حق الصبي والمجنون
فالولى أن لا ينفذ بالقول .

(فصل) وإن ملك المريض من يرثه عن لا يعتق عليه كابن عمه فأعتقه في
مرضه كان اعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أفرع
بين العبيد الذين أعتقهم مالكمهم عند موته ولم يكن له مال سواهم فأعتبر عتقهم من
الثلث ، فعلى هذا يعتبر خروج المعتق من الثلث فإن خرج من الثلث عتق ولم يرث
ذكره أبو الخطاب في مريض ملك ابن عمه في مرضه فأقر بأنه كان اعتقه في صحته
عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان لقرابته لو ارث فلا يقبل فيؤدى توريته إلى
إبطال عتقه ثم يبطل ميراثه فكان لاعتاقه من غير توريث أولى ومقتضى قول القاضى
أنه يعتق ويرث لأنه حر حين موت موروثه ليس بقاتل ولا مخالف لدينه ويرث
كالموروث وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول
الأول وعلى قول القاضى ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرية على ما يذكر
في الحق بعضه .

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واستقاطه كإرش
الجنابة وجناية عبده وما عاوض عليه بضمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من
رأس المال لانعلم فيه خلافا وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي ، وكذلك النكاح
بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على
وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثيرة الثمن بضمن مثلها أو اشترى
من الاطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لانه صرف لماله في حاجته
وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قسم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من
بعد وصية يوصي بها أو دين .

(فصل)

فأما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه
ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم ينف بها ففيه وجهان .
أحدهما : أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه ، وهو قول
أبي حنيفة لأن حقوقهم تعلقت بماله بمرضه فنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم
كتبرعه ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجوز فكذلك اذا قضاها .

والثاني : أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول
أحمد ومنصوص الشافعي لأنه أدى واجبا عليه فصح كما لو اشترى شيئا فادى ثمنه
أو باع بعض ماله وسله ويفارق الوصية فإنه لو اشترى ثيابا مثمنة صح ولو وصى
بتكفينه في ثياب مثمنة لم يصح ، يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه
وقد صح عقيب البيع فكذلك اذا تراخى اذ لا أثر لتراخيه .

(فصل) واذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه ، نص عليه
أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق وهذا
لأن الحق يثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره .

(فصل) ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان :

أحدهما : أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات
بعد ذلك لحكم عطيته حكم عطية الصحيح لانه ليس بمرض الموت .

الثاني : أن يكون مخروفا والأمراض على أربعة أقسام (غير مخوف) مثل

وجع العين والضررس والصداع اليسير وحى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح
لأنه لا يخاف منه في العادة .

الضرب الثاني : الأمراض الممتدة كالجذام وحى الربع والفالج في انتهائه والسل
في ابتدائه والحمى الغب : فهذا الضرب ان أضنى صاحبها على فراشه فهو مخوفة ،
وان لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويحى . فعطاياه من جميع المال ، قال
القاضى : هذا تحقيق المذهب فيه ، وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم
والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنهما صارا صاحبي فراش ، وبه يقول
الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور ، وذكر أبو بكر وجهان
في صاحب الأمراض الممتدة أن عطيته من صلب المال ، وهو مذهب الشافعى
لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه وإن كان لا يبرأ فهو كالحرم .
ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف ، فأشبه صاحب الحمى الدائمة ،
وأما الحرم فإن صار صاحب فراش فهو كالتا .

الضرب الثالث : من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل
من ذبح أو أبيت حشوته فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته لأنه لا يبقى له عقل
ثابت وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله
صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه من الثالث فإن عمر (رض خرقت حشوته فقبلت
وصيته ولم يختلف في ذلك ، وعلى رضى الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر
ونهى فلم يحكم ببطلان قوله .

الضرب الرابع : مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقبنا لكنه يخاف
ذلك كالبرسام ؛ وهو بخار يرقى الى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل ، والحمى
الصالب والرعاف الدائم لأنه يصفى الدم فيذهب القوة ، وذات الجنب وهو قرح
بباطن الجنب ، ووجع القلب والرئة ، فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ،
والقوانج وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء ولا ينزل عنه ، فهذه كلها مخوفه
سواء كان معها حمى أو لم يكن ، وهى مع الحمى أشد خوفا ، فإن ثاوره الدم
واجتمع في عضو كان مخوفا لأنه من الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصفراء
فهى مخوفة لأنها تورث يبوسة وكذلك البلغم إذا هاج ، لأنه من شدة البرودة ،

وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن .

وأما الاسهال فإن كان منخرقا لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف ، وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وإن لم يكن منخرقا لكنه يكون تارة وينقطع أخرى ، فإن كان يوماً أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقطع كأن يخرج متقطعاً ، فإنه يكون مخوفاً لان ذلك يضعف . وإن دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن ، وما أشبه كل أمره من الامراض رجع فيه الى قول أهل المعرفة وهم الاطباء لانهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل إلا قول طبيين مسلمين ثقتين بالغين ، لان ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه إلا ذلك .

وقياس قول الحرقى أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيين كما ذكرنا في باب الدعاوى ، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضي الله عنه فإنه لما جرح سقاء الطبيب لبناً فخرج من جرحه فقال له الطبيب : اعهد الى الناس ، فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته ، وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد الى عمر فنفذ عهده .

مسألة ، قال (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر)

يعني عطيتها من الثلث ، وهذا قول مالك ، وقال اسحاق إذا أثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ولم يحد وحكاها ابن المنذر عن أحمد ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة : عطية الحامل من الثلث .

وقال أبو الخطاب : عطية الحامل من رأس المال مالم يضربها المخاض فإذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث : وبهذا قال الذخمي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لانهم قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ولانها إنما تخاف الموت إذا ضربها الصلوق فأشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش . وقال الحسن والزهرى عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ، ووجه قول الحرقى أن ستة الاشهر

وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف ، والصحيح إن شاء الله أنها إذا ضربها الطلق كان مخوفاً لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة ، وأما قبل ذلك فلا ألم بها ، واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح

فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مخوف وإن مات الولد معها فهو مخوف لأنه يصعب خروجه ، وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف ، وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روى عن أحمد في النساء إن كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث ، ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه لذلك في الغالب . ويحتمل أن يحمل على ظاهره فإنها إذا كانت ترى الدم كانت كالمرضى ، وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام ، وإن أسقطت مضغة أو علقه فلا حكم له إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف .

فصل

ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض . أحدها : إذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للآخرى أو مقهورة ، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة ، وكذلك إذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمى بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متلفتين في الدين أو مفترقتين وبه قال مالك والأوزاعي والثوري ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان .

أحدهما : كقول الجماعة ، والثاني : ليس بمخوف لأنه ليس بمرضى . ولنا أن توقع التلف هنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ، ولأن المرض إنما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك ، قال أحمد : إذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه إذا التحم الحرب فوصيته من المال كله ، فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية ، وتسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ولكونها عند الموت ، ويحتمل أن يحمل على حقيقة في صحة الوصية من المال

كله لكن يقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد .

الثانية : اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره وللشافعي فيه قولان .

أحدهما : أنه خوف ، والثاني : ان جرح هو مخوف والا فلا ، لأنه صحيح البدن والظاهر العفو عنه .

ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وسمحة البيع ويبيع كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام ، واذا حكم للربيع وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فع ظهور التلف وقربه أولى ، ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبته لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه الى التلف فثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف .

(الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكناً فليس بمخوف وان تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فان الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه (هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم ريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحبط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لن انجيننا من هذه الفلكون من الشاكرين) (الرابعة) الأسير والمحبوس اذا كان من عادته القتل فهو خائف عطية من الثلث والا فلا ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحمد في الشافعي ، وقال الحسن لما حبس الحجاج ابا س بن معاوية : ليس له من ماله الا الثلث ، وقال أبو بكر عطية الأسير من الثلث ولم يهرق ، وبه قال الزهري والثوري واسحاق وحكام ابن المنذر عن أحمد ، وتناول القاضي ما روى عن أحمد في هذا على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء .

وقال الشعبي ومالك : الغازي عطية من الثلث ، وقال مسروق اذا وضع رجله في الغرز ، وقال الأوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تقبلاً عتاه هو في ثلثه والصحيح ان شاء الله ما ذكرنا من التفصيل لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف

فلم يجز الحاقه به . واذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فقيره أولى .

الخامسة : إذا وقع الطاعون يلبدة فمن أحد أنه مخوف ، ويحتمل أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمرض وإنما يخالف المرض والله أعلم .

(فصل) ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فيها خرج من الثلث تبينا أن العطية صحت فيه حال العطية . فإن نما المعطى أو كسب شيئا قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما أغضى الى الدور فمن ذلك إذا أعتق عبدا لا مال له بواه فكسب مثل قيمته فى حياة سيده فللعبد من كسبه بقدر ما عتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه ، فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لأن كسبه مثله وللورثة من العبد وكسبه شيان لأن لهم مثلى ما عتق منه وقد عتق منه شيء . ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار للعبد شيان وللورثة شيان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفها .

وان كسب مثلى قيمته فله من كسبه شيان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيان فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه وللورثة خمسا وخمسا كسبه .

وان كسب ثلاثة أمثال قيمته فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما عتق منه ولهم شيان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منها ، وان كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء . ولهم شيان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف إذا بسطناها أنصافاً صارت سبعة ، له ثلاثة أسباعها فيعتق ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي لهم ، فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقل عتق منه مائة شيء . وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء . ويعتق منه مائة جزء . وتسعة أجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه ، وان كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا فى الدين

ولم يعتق منه شيء لأن الدين مقدم على التبرع ، وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضى به الدين وما بقي منهما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه ، فلو كان على السيد دين كقيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعق نصفين ، وكذلك بقية الكسب ، وإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثل قيمته على الأشياء الأربعة فلكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه ولو أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته لكملت الحرية في العبد الأول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيان ، وبقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة ، فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك ، وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لهم ، وإن بدأ يعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثل العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه ، وذلك مثلاً ما أعتق منهما ، وإن أعتق العبد دفعة واحدة فرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية لحكمه كما لو بدأ باعتاقه .

(فصل) وإن أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم ، وكسب أحدهم مثل قيمته أقرعنا بينهم لإخراج الدين ، فإن وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة ، وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما إذا كان للسيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أقرعنا بين باقيه وبين العبد الآخر في الحرية فإن وقعت على غيره عتق كله وللورثة ما بقي ، وإن وقعت على المكتسب عتق باقيه وأخذ باقي كسبه ثم تفرع بين العبد لإتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه وبقي ثلثاه والعبد الآخر للورثة ولو كان العبد موهوباً لإنسان كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونقصه في هذه المسائل كلها .

(فصل)

وان أعتق عبدین متساویي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غیرهما فمات أحدهما أفرع بین الحی والمیت فإن وقعت علی المیت فالحی رقیق وتین أن المیت نصفه حر ، لان مع الورثة مثل نصفه ، وان وقعت علی الحی عتق ثلثه ، ولا یحسب المیت علی الورثة لانه لم یصل الیهم .

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواء قیمته عشرة فمات قبل سیده وخلف عشرين فهی لسیده بالولاء وتین أنه مات حراً وكذلك ان خلف أربعین وبنتاً ، وان خلف عشرة عتق منه شیء ولهن كسبه شیء ولسیده شینان وقد حصل فی یه سیده عشرة تعدل شینین فتین أن نصفه حر ونصفه رقیق والعشرة یتحققا السید نصفها بحکم الرق ونصفها بالولاء . فإن خلف العبد ابناً فله من رقبته شیء ومن كسبه شیء . یكون لایه بالمیراث ولسیده شینان ، فتقسم العشرة علی ثلاثة للابن ثلثها والسید ثلثاها وتین أنه عتق من العبد ثلثه .

وان خلف بنتاً فلها نصف شیء . والسید شینان فصارت العشرة علی خمسة للبنت خمسها والسید أربعة أخماسها تعدل شینین فتین أن خمس العبد مات حراً ، وان خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شینان یكونان لابنه ولسیده شینان فصارت العشرون بین السید و بین ابنه نصفین وتین أنه عتق منه نصفه فإن مات الابن قبل موت السید وكان ابن معتقه ورثة السید لاتا تبینا أن أباه مات حراً لكون السید ملك عشرين وهی مثلاً قیمته فعتق وجر ولاء ابنه الی سیده فورثه ، وان لم یكن ابن معتقه لم یجر ولاءه ولم یرثه سید آیه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم یخلف أبوه شیئاً أو ملك السید عشرين من أى جهة كانت ، وان لم یملك عشرين لم یجر ولاء الابن الیه لان أباه لم یعتق ، وان عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره ، فلو خلف الابن عشرة وملك السید خمسة فانك تقول عتق من العبد شیء ویجر من ولاء آیه مثل ذلك ویحصل له من میراثه شیء . مع خمسته وهما یعدلان شینین وباقی العشرة لمولی أمه فیقسم بین السید ومولی الام نصفین وتین أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسید خمسة من میراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلاً ما عتق من العبد ، فان مات الابن فی حياة آیه قبل موت سیده

وخلف مالا وحكنا بعق الأب أو عتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً، وفي هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة التطويل.

(فصل في المحاباة في المرض) وهي أن يعاوض بماله ويسمع لمن عاوضه ببعض عرضه وهي على أقسام.

أحدها: المحاباة في البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد في قول الجمهور. وقال أهل الظاهر العقد باطل.

ولنا عموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولأنه تصرف صادر من أهله في محله فصح كغير المريض فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه: وإن اختار امضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي.

والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله، إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسألة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن.

وقال أهل العراق: يقال له إن شئت أدبت عشرة أخرى وأخفت المبيع، وإن شئت فسخت ولا شيء لك، وعندما لك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة وبسببه أصحابه خلع الثلث.

ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه فجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فافسخ البيع في أحدهما ليجب أو غيره، كما لو اشترى شقصاً وسيفاً فأخذ الشفيع الشقص، أو كالشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه، أو كما لو اشترى قميصاً يساوي ثلاثين بتقير قيمته عشرة.

وأما الوجه للذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح، كما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها، ولأنه إذا

فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه : ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه ، كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه .

وأما قول أهل العراق فإن فيه إجبار الورثة على المعاوضة على غير هذا الوجه الذي عاوض مورثهم ، وإذا فسخ البيع لم يستحق شيئا . لأن الوصية إنما حصلت في ضمن البيع . فإذا بطل البيع زالت الوصية ، كما لو وصى لرجل بعينه أن يبيع عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الخمين الفاضلة بدون الحج ، وإن اشترى عبدا يساوي عشرة بثلاثين فإنه يأخذ نصفه بنصف الثمن ، وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع في ثلثه بثلاثي الثمن . وعلى قول القاضي للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن ، وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه ، وعلى الوجه الأول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلاثي الثمن ، فإن خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الأول يصح البيع في ثمانية أنساعه بثمانية أنساع الثمن . وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة أنساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه .

وإن باع قفيز حنطة يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة أو بقفيز يساوي خمسة عشر تعين الوجه الذي اخترناه في قول القاضي ومن وافقه : لأن المساواة هنا شرط في صحة البيع : ولا تحصل بغير هذا الوجه ، وطريق حسابها بالجبر فيما إذا باعه بما يساوي ثلث قيمته أن نقول : يجوز البيع في شيء من الأرفع بشيء من الأدون وقيمه ثلث شيء ، فتكون المحاباة بثلاثي شيء ، القهما من الأرفع يبق بقفيز الأثلاثي شيء يعدل مثلي المحاباة ، وذلك شيء وثلث شيء ، فإذا جبر به عدل شيئين فالشيء نصف القفيز .

(فصل) القسم الثاني : المحاباة في التزويج . إذا تزوج في مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فإن ورثته بطلت المحاباة إلا أن يميزها سائر الورثة ، وإن لم ترثه لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حاجها به ، وإن ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالا سوى ما أصدقها

دخلها الدور فتصح المحاباة في شيء فيكون له خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء ثم رجع اليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين ، اجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة فكان لها ثمانية رجع الى وورثة الزوج نصفها أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة ، فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع وورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين قال شيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ما حاباها به الى وورثة الزوج ويبقى لورثتها صداق مثلها . وان كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع وورثة الزوج عشرة الا نصف شيء يعدل شيئين قال شيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها أربعة عشر رجع الى وورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ، وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع وورثة الزوج ستة الا نصف شيء يعدل شيئين ، قال شيء ديناران وخمسان

والباب في هذا أن تنظر ما يبقى في يد وورثة الزوج فخمسة هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه ، وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا والشيء هو خمسة شيئين ونصف وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي

(فصل)

القسم الثالث : أن يخالها في مرضها بأكثر من مهرها ، فذهب أحد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها يكون له الاقل من العوض أو ميراثه منها ، وبهذا قال أبو حنيفة . ان خالها بعد دخوله بها وماتت قبل انقضاء عدتها لأنها متهمه في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه اليه ، وعند مالك ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة : وعن مالك : ان خلع المريضه باطل ، وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث

وقال أبو حنيفة ان خالها قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ، ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لا مال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر ، سواء قل صداقها أو كثر لأنها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر ، اثنا عشر لأنها قدر صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة

وهو ستة ، وان كلن صداقها ستة فله أربعة عشر لأن ثلث الباقي ثمانية : مريض
تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة . ثم مرضت فاختلعت منه
بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحابة والباقي له ثم رجع إليه
نصف مالها بالمحابة وهو خمسة ونصف شيء صار مع ورثته خمسة وتسعون الا
نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصداق
والمحابة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون فرجع اليهم بالخلع أربعة
وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقي للمرأة أربعة وعشرون .

وعند الشافعي يرجع اليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحابة فصار بأيديهم مائة
الا ثلثي شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار
لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فصار
بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محاباتها

وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث العشر وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون
وثلث الا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار
لها خمسة وأربعون رجع الى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون
هذا اذا مات بعد انقضاء عدتها .

وان تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة
وأربعون الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك وهو ثمانية وخمسون
وهو الذي صحت المحابة فيه فلها ذلك . وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون
رجع الى الزوج نصفها أربعة وثلاثون وكان الباقي معه اثنان وثلاثون صار له مائة
وسنة عشر ولورثتها أربعة وثلاثون

(فصل في الهبة)

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتا فقد صحت
الهبة في شيء والباقي للولعب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة
فيه صار معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك أربعون رجع

الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقي لورثة أخى الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً لكه نصف وهو ستة فتأخذ لكه اثنين وتلقى نصفه سهماً يبقى سهم فهو للوهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذى أسقطته لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه كالسهم الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد . وشبه هذه المسألة من مسائل الرد أم وأختان فلأختين أربعة وللأم سهم يسقط ذكر السهم السادس ، ولو كان ترك اثنين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهماً يبقى سهمان فهى التى تبقى لورثة الموهوب له ويبقى ستة للواهب وهى مثلاً ما جازت الهبة فيه . وان خلف امرأة وبنات فمألتها من ثمانية تضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تسقط منها الثلاثة التى ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهى المال وتأخذ لك الأربعة والعشرين وهى ثمانية تلقى منها الثلاثة يبقى خمسة فهى الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) فإن وهب مريضاً مريضاً مائة لا يملك سواها ثم عاد الموهوب له فوهبها للأول : ولا يملك سواها فبالباب تضرب ثلاثة في ثلاثة وتسقط منها سهماً يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها لكل سهم خمسة وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهماً يبقى سهمان فهو للوهوب الأول وذلك هو الربع وبالجبر قد صحت الهبة فى شيء ثم صحت الهبة الثانية فى ذلك بقى للوهوب الأول ثلثا شيء والواهب مائة الا ثلثى شيء بعدل شيتين اجبر وقابل يخرج الشيء سبعة وثلثين ونصفاً رجع الى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقي للوهوب له خمسة وعشرون ، فإن خلف الواهب مائة أخرى فقد بقى مع الواهب مائتان الا ثلثى شيء تعدل شيتين فالشيء ثلاثة أثمانها وذلك خمسة وسبعون رجع الى الواهب ثلثها بقى مع ورثته خمسون

(فصل) فإن وهب رجل رجلاً جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة فى شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون إلا

شيئا وثلاثا يعدل شيئين واجبر وقابل يخرج الشيء خمس ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للواهب ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها ستة ، ولو وطئها أجنبي فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماس الواهب وخمساها للموهوب له إلا أن نفوذ الهبة فيها زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطئ. فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكذا حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر تلكه ، وإن وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئا يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطئ. وعليهم عقر الذي جازت الهبة فيه فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها .

(فصل)

وإن وهب مريض رجلا عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قبل للموهوب له إما أن يفديه وإما أن تسلمه فإن اختار تسليمه سلمه كله نصعه بالجناية ونصفه لانتقاص الهبة فيه وذلك لأن العبد كله قد صار إلى ورثة الواهب وهو مثلاً نصفه فتبين أن الهبة جازت في نصفه وإن اختار فداءه روايتان .

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين من قيمة نصيبه منه أو أرش جنايته .
والأخرى : يفديه بقدر ذلك من أرش جنايته بالغة ما بلغت ، فإن كانت قيمته دية فأنك تقول صحت الهبة في شيء وتدفع إليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين أن الشيء نصف العبد وإن كانت قيمته ديتين واختار دفعه فإن الهبة تجوز في شيء وتدفع إليهم نصفه يبقى معهم عبد إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساها ويرد إليهم ثلاثة أخماسه لانتقاص الهبة وخمسا من أجل جنايته فيصير لهم أربعة أخماسه وذلك مثلاً ما جازت الهبة فيه ، وإن اختار فداءه فداءه بخمسي الدية ويبقى لهم ثلاثة أخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة خمس منه ويبقى له خمساها ، وإن كانت قيمته نصف الدية أو أقل وقلنا نفديه بأرش جنايته نفذت الهبة في جميعه لأن أرشها أكثر من مثلي قيمته أو مثليها ، وإن كانت قيمته ثلاثة أخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه

بشيء وثلاثين فصار مع الورثة عبد وثلاثا شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أرباع فتصح الهبة في ثلاثة أرباع العبد ويرجع الى الواهب رבעه مائة وخمسون وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه ، فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها إلى قيمة العبد ، فان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لا تنقص الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه ، وان اختار الفداء فقد علمت أنه يفدى بثلاثة أرباعه إذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة يصير ذلك سبعة أثمان العبد فيفديه بسبعة أثمان الدية .

(فصل)

مريض أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير السيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجينا نصف قيمته عليه لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه ، وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد الا شيئا وشيء يعدل شيئين فأسقط شيئا بشيء بقي ما معه من العبد يعدل شيئا مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساؤه لأنه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف الشيء وبقي العبد يعدل شيئين فيكون ببقية العبد يعدل شيئا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمساؤه .

وان كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر وان كانت قيمته ستين قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلاثا شيء للسيد مع بقية العبد يعدل شيئين فبقية العبد اذا ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه ، وعلى هذا القياس الا أن ما زاد في العتق على الثلث ينبغي أن يتف على أداء ما يقابله من القيمة كما اذا دبر عبداً وله دين في ذمة غريم له فكما اقتضى من القيمة شيئا عتق من الموقوف بقدر ثلثه .

(فصل) فان أعتق عبيدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الأعلى رفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بين العبدین فارب وقعت على الجاني عتق منه أربعة

أخماسه وعليه أربعة أخماس أرش جنائته وبقى لورثة سيده خمسة وأرش جنائته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلاً ما عتق منه .

وحسابها أن تقول عبد عتق منه شيء وعليه نصف — شيء لأن جنائته بقدر نصف قيمته بقی للسيد نصف — شيء وبقية العبدین تعدل شيتين فقلت أن بقية العبدین شيء ونصف فإذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق صاراً جميعاً يعدلان شيتين ونصفاً فالشيء الكامل خمسهما وذلك أربعة أخماس أحدهما

وان وقعت قرعة الحرية على المجنى عليه عتق ثلثه وله ثلث أرش جنائته يتعلق برقة الجاني وذلك تسع الدية لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق والواجب له من الأرض يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيد مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه . وان أعتق عبدین قيمة أحدهما خمسون وقيمة الآخر ثلاثون فجنى الأدنى على الأرفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فإن خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدین شيطان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتها سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربع ^(١) وهي من الأدنى نصفه وخمساؤه ونصف — سدس عشره ، وان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فياخذه بها أو يفديه المعتق .

وقد بقيت فروع كثيرة وفيها ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدین من أجل وجوب الأرض للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الأرض كما ذكرنا من قبل والله أعلم .

مسألة ، قال (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق)

هذا المنصوص عن أحمد فانه قال في رواية صالح وحنبل : يجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلى روايتين . وقال ابن أبي موسى : لا تصح وصيته الغلام لدون العشر ولا الجارية قولاً واحداً

(١) صوابه ستة وعشرون وربع وهي من الأدنى نصفه وربعه وثمنه .

وما زاد على العشر فتصح على المنصوص ، وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ ، وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل ، وروى عن عمر (رض) أنه أجاز وصية الصبي ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهرى وإياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك وإسحاق ، قال إسحاق إذا بلغ اثنتي عشرة وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وعن ابن عباس لا تصح وصيته حتى يبلغ ، وبه قال الحسن وبجاهد وأصحاب الرأي والشافعي قولان كاللذهبيين واحتجوا بأنه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالحبه والعق ولأنه لا يقبل إقراره فلا تصح وصيته كالطفل ولنا ما روى أن حبيبا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأجاز وصيته رواه سعيد ، وروى مالك في موطنه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب : إن ههنا غلاما يفاغا لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا إلا ابنة عم له فقال عمر : فليوص لها فأوصى لها بال يقال له بشر چشم ، قال عمرو بن سليم فبعت ذلك المال بثلاثين ألفا ، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم .

قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشرة أو اثنتي عشرة سنة وهذه قصة انتشرت فلم تنكر ولأنه تصرف تمحض تقعا للصبي فصح منه كالإسلام والصلاة وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله فلا يلحقه ضرر في عاجل ديناه ولا أخراه بخلاف الهبة والعق المنجز فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه وإذا ردت رجعت إليه وههنا لا يرجع إليه بالرد ، والطفل لا عقل له ولا يصح إسلامه ولا عباداته .

وقوله : إذا وافق الحق ، يعني إذا وصى بوصية يصح مثلها من البالغ صحت منه وإلا فلا ؛ قال شريح وعبد الله بن عتبة ، وهما قاضيان : من أصاب الحق أجزنا وصيته .

(فصل) فأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والشافعي والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، ولا نعلم أحدا خالفهم

إلا إياس بن معاوية قال في الصبي والمجنون إذا وافقت وصيتهم الحق جازت وليس بصحيح فإنه لا حكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فلأن لا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه أولى ، ولأنها تصرف بفتقر إلى إيجاب وقبول فلا يصح منها كالبيع والهبة .

(فصل)

فأما المحجور عليه لسفه فإن وصيته تصح في قياس قول أحمد قال الحنبري ، وهو قول الأكثرين ، وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان .

ولنا أنه عاقل تصح وصيته كالصبي العاقل : ولأن وصيته تمتعت نفعا له من غير ضرر فصحت كعبادته ، وأما الذي يجن أحيانا ويفيق أحيانا فإن وصي حال جنونه لم تصح ؛ وإن وصي في حال عقله صحت وصيته لأنه بمنزلة العقلاء في شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك في وصيته وتصرفاته ، ولا تصح وصية السكران ، وقال أبو بكر فيه قولان يعني وجهين .

ولنا أنه ليس بعاقل فلا تصح وصيته كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه فإنما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا ينعدي هذا إلى وصيته فإنه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه ؛ وأما الضعيف في عقله فإن منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والافهو كالعاقل .

(فصل) ونصح وصية الآخرس إذا فهمت اشارته لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما ، فإن لم تفهم اشارته فلا حكم لها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما ، فأما الناطق إذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم تصح وصيته ، ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة ، وقال الشافعي وابن المنذر تصح وصيته لأنه غير قادر على الكلام أشبه الآخرس ، واحتج ابن المنذر بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلى وهو قاعد فأشار اليهم ففقدوا » ، رواه البخاري وخرجه بن عقيل وجها إذا اتصل باعتقال لسانه الموت .

ولنا أنه غير مأیوس من نطقه فلم تصح وصيته باشارته كالقادر على الكلام ،

والخبر لا يلزم فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام ، ولا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصية ولا إقرار ففارق الآخرس لأنه ما يوس من نطقه .

(فصل) وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لأنه لا مال لهم ، وإن اعتقهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لأن لهم قولاً صحيحاً وأهلية تامة ، وإنما فارقوا الحرمانهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير الذي لا شيء له ثم استغنى ، وإن قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعنق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .

(فصل) وتصح وصية المسلم للذمي ، والذمي للمسلم ، والذمي للذمي ، روى إجازة المسلم للذمي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي رضي الله عنه وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ، وقال سعيد حدثنا سفيان عن أيوب عن عكرمة ، أن صفية بنت حيي باعت حبرتها من معاوية بمائة ألف — وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فابي فأوصت له بثلاث المائة ألف ، ولأنه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وأنها صحت وصية المسلم للذمي ، فوصية الذمي للمسلم ، والذمي للذمي أولى ، ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ، ولو أوصى لوارثه أو لأجنبي بأكثر من ثلث وقف على إجازة الورثة كالمسلم سواء .

(فصل) وتصح الوصية للحربي في دار الحرب نص عليه أحد ، وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه ؛ وقال بعضهم لا تصح ، وهو قول أبي حنيفة لأن الله تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم — إلى قوله — إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) الآية . فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره .

ولنا أنه تصح هبته فصحت الوصية له كالذمي ، وقد روى ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة

عطار د ما قلت فقال : انى لم أعطكم لتلبسها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة .
وعن أسماء بنت أبي بكر قالت : أتتني أمي وهي راغبة - تعنى عن الاسلام -
فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله أتتني أمي وهي راغبة
أفأصلها؟ قال : نعم ، وهذان فيها صلة أهل الحرب وبرهم ، والاية حجة لنا فيمن
لم يقاتل ، فأما المقاتل فإنه نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وإن احتج
بالمفهوم فهو لا يراه حجة ثم قد حصل الإجماع على جواز الية والوصية في معناها ،
فأما المرتد فقال أبو الخطاب تصح الوصية له كما تصح هبته ، وقال ابن موسى
لا تصح لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ، ولأن ملكه
يزول عن ماله برده في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية .

فصل

ولا تصح الوصية لكافر بصحف ولا عبد مسلم ، لأنه لا يجوز هبتها
له ولا بيعها منه ، وإن أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية
وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يرى أن الملك لا يثبت إلا بالقبول
لأنه لا يجوز أن يبتدى الملك على مسلم ، ومن قال يثبت الملك بالموت قبل القبول
قال الوصية صحيحة لأننا نتبين أن الملك يثبت بالموت لأنه أسلم بعد أن ملكه ،
ويحتمل أن لا يصح أيضا لأنه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فنع منه كابتداء الملك
(فصل) ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلما كان الموصى أو ذميا
فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتهما أو الاتفاق عليهما كان باطلا ، وبهذا
قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يصح ، فأجاز أبو حنيفة
الوصية بأرضه تبني كنيسة وخائفه صاحباه ، وأجاز أصحاب الرأي أن يوصى بشراء
خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة ، وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة
لأنها معصية فلم تصح الوصية بها ، كما لو وصى بعبد أو أمته للفجور ، وإن وصى
لكتب التوراة والإنجيل لم تصح لأنها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها
غير جائزة وقد غضب النبي (ص) حين رأى مع عمر شيئا مكتوبا من التوراة ، وذكر
القاضي أنه لو أوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد أعظامها بذلك
صححت الوصية لأن الوصية لأهل الذمة ، فإن النفع يعود إليهم والوصية لهم صحيحة .

والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به لأن ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم ، وتقل عن أحد كلام يدل لصحة الوصية من الذي بخدمة الكنيسة ، والاول اولى وأصح ، وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية .

مسألة ، قال (ومن أوصى لأهل قرية لم يعط من فيها من الكفار إلا أن يدكروهم)

يعنى به المسلم إذا أوصى لأهل قرية أو لقرايته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار فهي للمسلمين خاصة ولا شئ للكفار ، وقال الشافعى رضى الله عنه يدخل فيه الكفار لأن اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولأن الكافر لو أوصى لأهل قرية أو قرابته دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم .

ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً ، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم ، ولأن ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على فقيرهم ، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والأخوة والأزواج وسائر الألفاظ العامة في الميراث فكذا هنا ، لأن الوصية أجريت بحرى الميراث ، وإن صرح بهم دخلوا في الوصية لأن صريح المقال لا يعارض بقريته الحال ، وإن وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو وصى لقرايته وكلهم كفار دخلوا في الوصية لأنه لا يمكن تخصيصهم إذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية ، وإن كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية لأن إخراجهم بالتخصيص هنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين .

أحدهما : مخالفة لفظ العموم ، والثاني : حمل اللفظ الدال على الجمع على المفردة ، وإن كان أكثر أهلها كفاراً فظاهر كلام الحرقى أنه للمسلمين لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه إليهم والتخصيص يصح وإن كان بإخراج الأكثر ، ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لأن التخصيص في مثل هذا بعيد فإن تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه إلى دليل قوى ، والحكم في سائر ألفاظ

العموم مثل أن يوصى لأخوته أو عموته أو بنى عمه أو لليتامى أو للمساكين ،
 كالحكم فيما إذا أوصى لأهل قريته ، فاما إن أوصى بذلك كافر فإن وصيته تناول
 أهل دينه ، لأن لفظه يتناولهم وقريته حاله إرادتهم . فأشبه وصية المسلم التي يدخل
 فيها أهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون ؟ نظرنا فإن وجدت قريته دالة على
 دخولهم ، مثل أن لا يكون في القرية إلا مسلمون دخلوا في الوصية ، وكذلك
 إن لم يكن فيها إلا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون ، وإن انتفت القرائن
 ففي دخولهم وجهان . أحدهما لا يدخلون كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم .
 والثاني يدخلون . لأن عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم ، فلا
 يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه إلى غيره ، وإن كان في القرية كافر
 من غير أهل دين الموصى لم يدخل في وصيته ، لأن قريته حال الموصى تخرجه ولم
 يوجد فيه ما وجد في المسلم من الأولوية فبقي خارجا بحاله . ويحتمل أن لا يخرج
 بناء على تورث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم .

مسألة : قال (ومن أوصى بكل ماله ولا عصة له ولا مولى له فجاز) . وقد
 روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : لا يجوز إلا الثلث)

اختلفت الرواية عن أحد رحمه الله فيمن لم يخلف من وراثته عصة ولا إذا
 فرض ، فروى عنه أن وصيته جائزة بكل ماله ، ثبت هذا عن ابن مسعود ، وبه قال
 عبيدة السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق : والرواية الأخرى لا يجوز إلا
 الثلث ، وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري ، لأن له من
 يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثاً

ولنا أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة ، بدليل قول
 النبي صلى الله عليه وسلم : إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة
 ينكفرون الناس ، وههنا لا وارث له يتعلق حق بماله ، فأشبه حال الصحة ، ولأنه
 لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث

(فصل) وإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله كبنت أو أم لم يكن له الوصية
 بأكثر من الثلث ، لأن سداً قال للنبي صلى الله عليه وسلم لا يرثني إلا ابنتي ، فمنعه

النبي صلى الله عليه وسلم من الزيادة على الثلث ، ولأنها تستحق جميع المال بالفرض فأشبهت العصبه ، وإن كان لها زوج أو للرجل امرأة فكذلك : لأن الوصية تنقص حقه لأنه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى : من بعد وصية يوصي بها أو دين)

فأما ذو الأرحام فظاهر كلام الحرقى أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله ، ولا عصبه له ولا مولى له ، وذلك لأن ذا الرحم إرته كالفضلة والعلة ، ولذلك لا يصرف إليه شيء إلا عند عدم الرد ، والمولى لا تجب نفقته . ويحتمل أن لا تنفذ وصيته بأكثر من ثلثه لأن له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ، ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلته لهم في حياته . فأشبهوا ذوى الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسائلنا كذوى الفروض الذين يحجب بعضهم بعضاً والعصبات .

(فصل) فإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله ، وقال : أوصيت لفلان بثلثي على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه أو خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسألة الأولى . لأن ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية ، فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو من الزائد على الفرض .

وأما المسألة الثانية فتبنى على الوصية بجميع المال ، فإن قلنا تصح ثم سحبت منها لأن الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجته . وإن قلنا لا تصح ثم فهمنا مثله ، لأن بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون المال إذا عين الوصية من نصيب العصبه منهم فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه

، مسألة ، قال (ومن أوصى لعبده بثلث ماله فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق وما فضل من الثلث بعد عتقه فهو له ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث إلا أن يجيز الورثة)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث أو ربع أو سدس صحت الوصية ، فإن خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيها وإن لم يخرج عتق منه بقدر الوصية ، وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة : إلا أنهم قالوا : إن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه

وقال الشافعي رضي الله عنه : الوصية باطلة إلا أن يوصى بعتقه لأنه وصى بمال يصير للورثة فلم يصح ، كما لو وصى له بمعين وإنا أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضه ، لأنه من جملة الثلث الشائع ، والوصية له بنفسه تصح وبعته وما فضل يستحقه لأنه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال : اعتقوا عبادي من ثلثي وأعطوه ما فضل منه ، وفارق ما إذا أوصى بمعين لأنه لا يتناول شيئاً منه

فصل

فإن أوصى له بمعين من ماله كثوب أو دار أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الأكثرين وبه يقول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد أنها تصح ، وهو قول مالك وأبي ثور . وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وإن شاموا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه وفارق ما إذا أوصى له بمشاع لما ذكرناه

(فصل) وإن وصى له برقبته فهو تدير يعتق إن حله الثلث ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور الوصية باطلة لأنه لا يملك رقبته

ولنا أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح ، كما لو وصى بأبيه ، ولأن معنى الوصية له برقبته عتقه لعله بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصية به كناية عن اعتاقه بعد موته ، وإن أوصى له ببعض رقبته فهو تدير لذلك الجزء وهل يعتقه جميعه إذا حله الثلث ؟ على روايتين ذكرهما الحرق في فيما إذا دبر بعض عبده وهو مالك لك . وقال أصحاب الرأي : يسعى في قيمة باقيه . وهذا شيء يأتي في باب العتق إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن أوصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح : سواء

أوصى له بجزء شائع أو معين لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله وإن أوصى لأم ولده صحت الوصية لأنها حرة حين لزوم الوصية . وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف . رواه سعيد . وروى ذلك عن عمران بن الحصين ، وبه قال ميمون بن مهران والزهرى ويحيى الأنصارى ومالك والشافعى وإسحاق . وإن وصى لمديره صح لأنه يصير حراً حين لزوم الوصية . فصحت الوصية له كأم الولد . وإن لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعاً قدم عتقه على الوصية لأنه أنفع . وقال القاضى : يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه

ولنا أنه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال قالو وصى لعبده القن بمشاع من ماله

(فصل)

وإن أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول في ذلك إلى العبد لأن العقد مضاف إليه . فأشبه ما لو وهبه شيئاً . فإذا قبل ثبت لسيده لأنه من كسب عبده وكسب العبد لسيده . ولا تفتقر في القبول إلى إذن السيد لأنه كسب فصيح من غير إذن سيده كالاختطاب . وهذا قول أهل العراق والشافعى . ولا أصحابه وجه أن القبول يفتقر إلى إذن السيد لأنه تصرف من العبد فأشبه بيعه وشراؤه . ولنا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر إلى إذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح . وإن وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لو ارثه يقف على اجازة الورثة . وبه قال الشافعى وأبو حنيفة .

وقال مالك : إن كان يسيراً جاز لأن العبد يملك . وإنما لسيده أخذه من يده فإذا وصى له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده

ولنا أنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالكثير : وما ذكروه من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به ، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير .

(فصل) وإذا أوصى بعنق أمته على أن لا تتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عتقت ، فإن تزوجت بعد ذلك لم يطل عتقها ، وهذا مذهب الاوزاعى والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الراى ، وذلك لأن العتق إذا وقع لا يمكن رفعه ؛

وان أوصى لأم ولده بألف على أن لا تزوج أو على أن تثبت مع ولده ففعلت
وأخذت الألف ثم تزوجت وتركته ولده ففعلت وجهان :
أحدهما : تبطل وصيتها لانه فات الشرط ففادت الوصية ، وفارق العتق فإنه
لا يمكن رفعه .

والثاني لا تبطل وصيتها ، وهو قول أصحاب الرأي لأن وصيتها صحت فلم
تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى

(فصل) واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد
يجوز الوصية له ، واحتج بقول أحد فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح ، فقال
أحد يعتبر من ثلثه ، قال وهذه وصية لقاتل ، وهذا قول مالك وأبي ثور وابن
المنذر وأظهر قولي الشافعي رضي الله عنه ، لأن الهبة له تصح فصحت الوصية له
كالذمي ، وقال أبو بكر لا تصح الوصية له : فإن أحد قد نصر على أن المدبر إذا
قتل سيده بطل تديره والتدير وصية . وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأن
القتل يمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية ، فالوصية أولى ، ولأن الوصية
أجريت بحري الميراث فيمنعها ما يمنع

وقال أبو الخطاب : ان وصى له بعد جرحه صح ، وان وصى له قبله ثم طرأ
القتل على الوصية أبطلها ، جمعاً بين نصي أحد في الموضعين ، وهو قول الحسن بن
صالح ، وهذا قول حسن ، لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها ولم
يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما اذا تقدمت ، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها ، لأنه
يبطل ما هو أكد منها ، يحققه أن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل
الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفناً لمفسدة
قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضاً . وهذا المعنى متحقق
في القتل الطاريء على الوصية ، فإنه ربما استعجلها بقتله ، وفارق القتل قبل الوصية
فإنه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد
صدور ما صدر منه في حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا ، كما لا يفرق
الحال بذلك في الميراث ، وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه صح تديره .

« مسألة ، قال (وإذا قال : أحد عبدي حر أفرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث)

وجملة ذلك : أنه إذا أعتق عبداً غير معين فإنه يفرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لأنه عتق مستحق في غير معين فكان التعيين إلى المعتق كالعتق في الكفارة وكألو قال لورثته اعتقوا عني عبداً .

ولنا أنه عتق استحققه واحد من جماعة معينين فكان إخراجهم بالقرعة كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الأصل حديث عمران بن حصين ، فأما العتق في الكفارة فإنه لم يستحقه أحد إذا استحق على المكفر التكفير وأما إذا قال اعتقوا عني عبداً فإن لم يصفه إلى عبيده ولا إلى جماعة سوام فهو كالمعتق في الكفارة ، وإن قال اعتقوا أحد عبيدي احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة كسالتنا ، واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة .

وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع إلى اختيار الورثة وسيأتي الكلام عليها ، والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه أنه جعل الأمر إلى الورثة حيث أمرهم بالاعتاق فكانت الخيرة إليهم وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئاً فلا يكون لهم خيرة .

فصل

ونقل صالح عن أبيه فيمن له غلامان اسمهما واحد فقال فلان حر بعد موتي وله مائتا درهم ولم يعينه بقرع بينهما فبعث من خرجت له القرعة وليس له من المائتين شيء ، ووجه ذلك — والله أعلم — أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا تصح الوصية إلا لمعين .

وقال القاضي يجب أن تصح هذه الوصية لأن مستحقها حر في حال استحقاقها ونقل عن أحمد فيمن قال اعتقوا رقبة عني فلا يعتق عنه إلا مسلم ، وذلك لأن المطلق في كلام الأدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الأدمي .

مسألة ، قال (وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فإلخمسائة للورثة وإن اشتروه بأقل مما فضل فهو للورثة)

أما إذا تعذر شراؤه إما لامتناع سيده من بيعه أو من بيعه بإلخمسائة وإما لموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فالثلث للورثة لأن الوصية بطلت لتعذر العمل بها فأنشبه ما لو وصى لرجل فمات قبل موت الموصى أو بعده ولم يدع وارثا ، ولا يلزمهم شراء عبد آخر لأن الوصية لمعين فلا تصرف إلى غيره ، وأما إن اشتروه بأقل فالباقي للورثة .

وقال الثوري يدفع جميع الثمن إلى سيد العبد لأنه قصد إرفاقه بالثمن ومحاباته به فأنشبه ما لو قال يبعوه عبدي بخمسمائة وقيمته أكثر منها وكألو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسمائة ، وقال إسحاق يحمل بقية الثمن في العتق كألو أوصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج .

ولنا أنه أمر بشراؤه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعا إليه كألو وكل في شراؤه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لأن القصد ثم إرفاق الذي يحج بالفضلة وفي مسئلتنا المقصود العتق ، وبفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لأن الوصية ثم للحج مطلقا فنصرف جميعها فيه وههنا لمعين فلا تعداه : وقوله : إنه قصد إرفاق زيد بالثمن ومحاباته به فنقول الصحيح أنه إن كانت ثم قرينة تدل على ذلك أما لكون البائع صديقا له أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا ، أو عين هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه لقله قيمته فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال وادفعوا إليه جميعها وإن بذله بدونها . وإن انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائدا إليه كما لو أمره بالشراء في حياته .

(فصل) وإن وصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بما يخرج من الثلث ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لأنه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل ولنا أنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث : فإذا لم يحتملها وجب

تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعرق عبده بحمله الثلث وقارق الوكالة فإنه لو وكاه في إعتاق عبد لم يملك إعتاق بعضه ولو أوصى بإعتاق عبد لأعتق منه ما يحمله الثلث فأما إن حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال ، فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق إن كان اشتراه بعين المال لأننا تبينا أن الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للفرماة بغير إذنهم ، وإن كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لأن البائع ما غره إنما غره الموصى ، ولا تركه له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يشارك الفرماة في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين لزمه بتقرير الموصى فيرجع به عليه فإذا كان ميتا لزمه في تركته كآرش جنابته .

(فصل) وإن وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق هنا ، وإن وصى ببيعه بشرط العتق صح الوصية وبيع كذلك لأن في البيع هنا نفعا للعبد بالعتق ، فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرهما كما لو وصى بشراء عبد ليعتق فلم يبيعه عبده ، وإن وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم يبيع به لأنه قد قصد إرفاقه بذلك في الغالب وإن لم يسم ثمنًا يبيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد بعينه الى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله الى من هو معروف بحسن الملكة وإعتاق الرقاب ، ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري بمعنى يحصل له من العبد ، فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبي أن يشتريه بثمن أو بقيمته إن لم يعين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا .

مسألة ، قال (وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره بقيمته مائة ولا غير ثلث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك قلن أوصى له الثلث ثلث المائتين وربع العبد ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه ، وإن لم يحز الورثة ذلك قلن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد لأن وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لأن وصيته في العبد)

وجعلته : أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال ورابعة فأجزأ لها انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكألو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه ، فأما في حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تتجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الإجازة سواء إذا لا أثر للرد ، وإن جاوزت ثلثه رددتا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال ، هذا هو قول الحرقى وسائر الأصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الإجازة ، وهذا قول ابن أبي ليلى .

وقال أبو حنيفة ومالك في الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه وبضم الآخر سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الحرقى لأن له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الحرقى إلا أن الحرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، وفي قول الحرقى رحمة الله عليه يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصى له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع لأنه وصى له بثلث الجميع .

وأما على قولنا فإن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لأنه وصى له بشيء أشرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث أفرد به بشيء لم يشركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الإجازة كما في سائر الوصايا ففي مسألتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فأبسطه من جنس الكمر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة وأضخم إليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة عشر أقسم العبد على أربعة أسهم يصير الثلث ربعاً كما في مسائل العول وفي حال الرد

ترد وصيتها الى ثلث المال وهو نصف وصيتها فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه، وفي قولنا يضرب بخرج الثلث فيخرج الربع يكن اثنا عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربيع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة أسهم فبضمها الى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهما ففي حال الرد تجعل الثلث عشرين سهما والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعة وخمسة ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشرة ونصف عشرة .

وإن كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله في حال الإجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمسا ، وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه ، وطريقها أن تنسب الثلث الى ما حصل لها في الإجازة ثم تعطى كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة .

وعلى الوجه الأول تنسب الثلث الى وصيتها ثم تعطى كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة : ويانه في هذه المسألة أن نسبة الثلث الى وصيتها بالخمسين لأن النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمسا العبد لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس لأنه خمسا وصيته .

وعلى الوجه الآخر قد حصل لها في الإجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف فلكل واحد منهما مما حصل له في الإجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه ، وإن كانت المسألة يحالها وملكه غير العبد ثلاثاثة ففي الإجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المشاع تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة أنساعه على الوجه الأول . وعلى الوجه الثاني لصاحب العبد أربعة وسدسه وللآخر ثمنه ونصف سدسه "

(١) صوابه ثلثه وخمس تسعة وللآخر ربعه وثلث خمسة .

ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها ، وإن وصى لرجل بجميع ماله ولاخر
بالعبد في الإجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر . وفي الرد يقسم الثلث
بينها على خمسة ، لصاحب العبد خمسة وهو ربع العبد وسدس عشره . وللآخر
أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل ذلك وهو
ثمانون ديناراً .

ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى
بالعبد لآخر . ففي حال الإجازة يقسم العبد بينهما نصفين ويتفرد صاحب الثلث
بثلث الباقي ^(١) . وفي الرد للوصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلثه وثلث المائة ،
وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه وللآخر ربعه ونصف المائة يرجع كل
واحد منها الى نصف وصيته ، فإن لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف
خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله ولاخر بالعبد فلا أثر للرد
هنا ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والاخر ستة أسباعه ، وإن
وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة
أسداسه ولا أثر للرد أيضاً لأن الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه

ومسألة ، قال (ومن أوصى لقربائه فهو للذكر والأتى بالسوية ولا يجاوز
بها أربعة آباء لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذى القربى)
وجملته أن الرجل إذا أوصى لقربائه أو لقراة فلان كانت الوصية لأولاده
وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ، ويستوى فيه الذكر والأتى ولا
يعطى من هو أبعد منهم شيئاً ، فلو وصى لقراة النبي صلى الله عليه وسلم أعطى
أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بنى عبد شمس ولا بنى نوفل
شيئاً ، لأن الله تعالى لما قال (ما أقام الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول
والذى القربى) يعنى قرياء النبي (ص) أعطى النبي (ص) مولاة الذين ذكرناهم ولم يعط
من هو أبعد منهم ، كبنى عبد شمس ونوفل شيئاً ، إلا أنه أعطى بنى المطلب ،

وعلى عطيتهم بأنهم . لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ، ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئا ، ولم يعط منهم الا مسلما ، لحمل مطلق كلام الموصى على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ، ويسوى بين قريبهم وبعيدهم وذكركم وأثام . لأن الوصية لهم سواء ، ويدخل في الوصية الكبير والصغير والغنى والفقر . ولا يدخل الكفار لانهم لم يدخلوا في المستحق من قريب النبي صلى الله عليه وسلم .

وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى : أنه يصرف الى قرابة أمه إن كان يصلهم في حياته كأخواله وخالاته وأخواته من أمه . وإن كان لا يصلهم لم يعطوا شيئا لان عطيته لهم في حياته قرينة دالة على صلتهم بهم بعد مماته وإلا فلا ، وعنه رواية أخرى : أنه يجاوز بها أربعة آباء ، ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيود الذي ذكرناه ، فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأب الأدنى الذي ينسب إليه ، وهذا مذهب الشافعي . لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومته ، واعطاء النبي صلى الله عليه وسلم لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم في غير ذلك الموضع

وقد قال أبو حنيفة : قرابته كل ذى رحم محرم فيعطى من أدنام اثنا عشر فصاعداً ، فإذا كان له عمان وخالان فالوصية لعميه ، وإن كان له عم وخالان فلعمة النصف ولخالاه النصف . وقال قتادة : للأعمام الثلثان وللأخوال الثلث ، وبه قال الحسن : قال ويزاد الأقرب بعض الزيادة ، وقال مالك : يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد .

ولنا أن هذا الاسم له عرف في الشرع ، وهو ما ذكرناه ، فيجب حمله عليه وتقديره على العرف اللغوي ، كالوصوة والصلاة والصوم والحج ، ولا وجه لتخصيصه بذى الرحم المحرم : فإن اسم القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً ، وقد تحرم على الرجل ريبيته وأمهات نسائه وحلائل آباءه وأبنائه ولا قرابة لهم ، وتحمل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخالته ومن من أقاربه ، وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير إليه تحكم .

فأما إن كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي ، أو قوله إلا ابن خالتي فلانا أو نحو ذلك أو قرينه تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة ، لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره .

(فصل فإن وصى لأقرب أقاربه أو أقرب الناس اليه أو أقربهم به رحماً لم يدفع الى الأبعد مع وجود الأقرب فيقدم الأب على كل من أدلى به من الأجداد والأخوة والأعمام ، والابن مقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ، ويستوى الأب والابن لأن كل واحد منهما يدل بنفسه من غير واسطة ، ويحتمل أن يقدم الابن لأنه يسقط تعصيب الأب ، والاول أولى لان اسقاط تعصبيه لا يمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه ، بدليل أن ابن الابن يسقط تعصبيه مع بعده وبقدم الابن على الجد والأب على ابن الابن . وقال أصحاب الشافعي رضي الله عنه : يقدم ابن الابن على الأب في أحد الوجهين لأنه يسقط تعصبيه .

ولنا أن الأب يدل بنفسه ويلى ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال ، بخلاف ابن الابن ، والأب والام سواء ، وكذلك الابن والبنت والجد أبو الأب وأبو الام وأم الأب وأم الام كلهم سواء ، ثم من بعد الاولاد أولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والاناث ، وفي أولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ، ثم من بعد الولد الأجداد ، الأقرب منهم فالأقرب ، لأنهم العمود الثاني ، ثم الأخوة والأخوات لأنهم ولد الأب أو من ولد الام ، ثم ولدهم وإن سفلوا ، ولا شيء لولد الأخوات إذا قلنا لا يدخل ولد البنات ، وإذا تساوت درجاتهم فأولام ولد الابوين ، ويسوى بين ولد الأب وولد الام لأنها على درجة واحدة ، وكذلك ولداهما .

والأخ للأب أولى من ابن الأخ من الابوين كما في الميراث : ثم بعدم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ، ويستوى العم من الأب والعم من الام وكذلك أبنائهما ، وعلى هذا الترتيب ذكره القاضي : وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه إلا أنه يرى دخول ولد البنات والأخوات والأخوال والحالات . وهذا القول إنما يخرج في مذهب أحمد على الرواية الثالثة التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليهم اسم القرابة

فأما على الرواية التي اختارها الحرقى ، وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الأم ولا أقاربها لأن من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة ، فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصى وأولاد آباءه إلى أربعة آباء ولا يعدوهم ذلك ، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطى لثلاثة من أقرب الناس إليه ، وإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالأخوة فالوصية لجميعهم لأن بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم ، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كلت من الثانية : وإن كانت في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الأولى وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فإذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثا ، وكذلك إن كان ابن وأخوان . وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون لابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها ، فإن كان الابن وارثا سقط حقه من الوصية إن لم يجز له والباقي للأخوة ، وإن وصى لمصته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كانوا من يرث في الحال أو لم يكن ويسوى بين قريبتهم وبعدم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الأم بحال .

مسألة . قال (وإن قال لأهل بيتي : أعطى من قبل أبيه وأمه)

يعنى تعطى أمه وأقاربها الأخوال والمحالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقرابته والمنصوص عن أحد فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة فإنه قال في رواية عبد الله إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته هو بمثابة قوله لقرايتي وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وقال أحمد : قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تحمل الصدقة لي ولا لأهل بيتي ، لجعل سهم ذى القربى لهم عوضا عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة ، وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أذكركم الله في أهل بيتي ، قال قلنا : من أهل بيته ، نسأله ؟ قال لا ، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة : آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس ، وقال القاضي : قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم

كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوى فيه الذكور والإناث ، وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فإن ولد النبي صلى الله عليه وسلم من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذى القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة وولديها وزوجها ، اللهم هؤلاء أهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا ، ؟ ولو وقف على أقرب رجل أو أوصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علية ، والخرق عدمهم في القرابة بقوله ، لا يجاوز بها أربعة آباء لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذى القربى ، لجعل هاشما الأب الرابع ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي صلى الله عليه وسلم أبانا لأن هاشما إنما هو رابع النبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل) وإن وصى لأله فهو مثل قرابته فإن في بعض الفاظ زيد بن أرقم ، من آل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده : آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل ، والأصل في آل أهل فقلت الماء همزة ، كما قالوا أهرقت الماء وأرقته ، ومدت لثلا تجتمع همزتان .

وإن وصى لعترته فقد توقف أحد في ذلك وهو في عرف الناس عشيرته الأذنون وولده الذكور والإناث وإن سفلوا فتصرف الوصية اليهم وبذلك فسره ابن قتيبة ، قال : ويدل على ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه ، نحن عترة النبي صلى الله عليه وسلم ويصته التي تفقات عنه ، وقال ثعلب وابن الأعرابي : العترة الأولاد وأولاد الأولاد ولم يدخلوا في ذلك العشيرة ، والأول أصح وأشهر في عرف الناس مع أنه قد دل على صحته قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه .

وإن وصى لقومه أو لنسبائه فقال أبو بكر هذا بمثابة أهل بيته ، وقال القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لأنسائي أو لمناسبي صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس ، فعلى هذا يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الأحوال وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول

القاضي، لان ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسب اليها
واذ كان كل واحد منها ينتسب الى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس يناسب له .

(فصل) فان وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصية لهم لان
الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم ، وان لم يكن له الا موال من
اسفل فهو لهم كذلك ، وان اجتمعوا فالوصية لهم جميعا يستوون فيها لان الاسم
يشمل جميعهم ، وقال اصحاب الراى : الوصية باطلة لانها لغير معين ، وقال ابو ثور
يقرع بينها لان اجدما ليس باولى من الاخر ، وقال ابن القاسم هي للمولى من
اسفل ولاصحاب الشافعي اربعة اوجه كقولنا وقول اصحاب الراى ، والثالث :
هي للموالى من فوق لانهم اقوى بدليل انهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقائه ،
والرابع : يقف الامر حتى يصطلحوا .

ولنا ان الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا فدخلوا في الوصية كالو وصى
لاخوته ، وقولهم ، غير معين ، غير صحيح فان من التميم يحصل التعيين ولذلك
لو حلف لاكلت موالى حنث بكلام ايهم كان ، وقولهم ، ان المولى من فوق
اقوى ، قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا شيء
لابن العم ولا للناصر ولا لغير من ذكرنا لان الاسم ان لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم
عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقية ، ولا يستحق مولى ابنة مع وجود مواليه ،
وقال زفر يستحق ولا يصح لان مولى ابنة ليس بمولى له حقيقة اذا كان له مولى
سواه ، فان لم يكن له مولى فقال الشريف ابو جعفر : يكون لموالى ابيه ، وقال
ابو يوسف ومحمد : لا شيء له لانه ليس بمولى له ، واحتج الشريف بان الاسم
يتناول موالى ابيه مجازا فاذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم الى مجازه
والعمل به تصحيحا لكلام المكلف عند امكان تصحيحه ، ولان الظاهر ارادته
المجاز لكونه محملا صحيحا وارادة الصحيح اغلب من ارادة الفاسد ، فان كان له
موالى وموالى اب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالى الاب
شيء على مقتضى ما ذكرناه ، لان الوصية كانت لغيرهم فلا تعود اليهم الا بعقد
ولم يوجد ، ولا يشبه هذا قوله اوصيت لاقرىب الناس الى وله ابن وابن ابن
فان الابن حيث يستحق ابن الابن ، وان كان لا يستحق مع حياة الابن شيئا .

لأن الوصية فيها الموصوف بصفة وجدت في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة ،
وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً ، فمع وجودهم
جميعاً لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة ، وهذه الصفة توجد في مولى أبيه ، قال الشريف :
ويدخل في الوصية للمولى مدبره وأم ولده ، لأن الوصية إنما تستحق بعد الموت ،
وهم حينئذ موالى في الحقيقة .

(فصل)

وان وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كل جانب ، نص عليه
أحمد ، وبه قال الاوزاعي والشافعي ، وقال أبو حنيفة : الجار الملاصق لأن النبي صلى
الله عليه وسلم قال : الجار أحق بصقبه ، يعني الشفعة ، وإنما ثبتت للملاصق ولأن الجار
مشتق من المجاورة ، وقال قتادة : الجار الدار والداران .

وروى عن علي رضي الله عنه في قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا صلاة
لجار المسجد إلا في المسجد ، قال : من سمع النداء ، وقال سعيد بن عمرو بن جعدة
: من سمع الإقامة ، وقال أبو يوسف : الجيران أهل المحلة في مسجدين صغيرين
متقاربين فجميع جيران ، وان كنا عظيمين فكل أهل مسجد جيران ، وأما
الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الانخاذ

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال : الجار أربعون داراً هكذا
وهكذا وهكذا وهكذا ، وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح ، وان لم يثبت
الخبر فالجار هو المقارب ، ويرجع في ذلك إلى العرف

(فصل) وان وصى لأهل دربه أو سكته فهم أهل المحلة الذين
طريقهم في دربه .

(فصل) وان وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين
يستحقون من الزكاة ، وينبغي أن يجعل لكل صنف من الوصية ، كما لو وصى لثمان
قبائل ، والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن
آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع إليه ، والوصية أريد بها بيان من يجب
الدفع إليه ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد لأنه لا يمكن استيعابهم .

وحكى هذا عن أصحاب الزاى . وعن محمد بن الحسين أنه قال : لا يجوز الدفع الى أقل من اثنين .

وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد : أنه لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف ، وهو مذهب الشافعى ، وأصل هذا الاختلاف فى الزكاة وقد ذكرناه : ولا يجوز الصرف إلا الى المستحق من أهل بلده ، وإن وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين ، وإن أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء لأنهم صنف واحد فيها عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعاً ، فبدل ذلك على أنه أراد المغايرة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة .
والبدابة بأقارب الموصى على ما ذكرنا فى باب الزكاة

(فصل)

وإن أوصى بشئ لزيد وللمساكين فزيد نصف الوصية ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد : لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه ، لأن أقل الجمع اثنان ، وقال الشافعى : يكون كأحدهم إن عهم أعطاه كواحد منهم ، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم . وحكى أصحابه وجهين آخرين . أحدهما كذهبنا : والثانى له ربع الوصية ، لأن أقل الجمع ثلاثة ، فإذا انضم اليهم صاروا أربعة ولنا أنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن يقسم بينهما ، كما لو قال لزيد وعمر ، ولأنه لو وصى لقريش ونعيم لم يشرك بينهم على قدر عددهم ولا على قدر من يعطى منهم ، بل يقسم بينهم نصفين كذلك هنا ، وإن كان زيد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شئ : وبه قال الحسن وإسحاق ، لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما : إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يقتضى الى تجويز دفع الجميع اليه ولفظه يقتضى خلاف ذلك ، فإما أن كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم ، مثل أن يقول هذا لزيد وأخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لأنه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الإخلال ببعضهم فتساووا فيه ، كما لو قال : هذا لكم ، ويحتمل أن يكون كالتى قبلها

(فصل) وإن قال اشتروا بثلى رقاباً فاعتقوهم لم يجز صرفه الى المكاتبين ، لأنه وصى بالشراء لا بالدفع اليهم ، فإن اتسع الثلث لثلاثة لم يجز أن يشتري أقل

منها لأنها أقل الجمع ، وإن قدرت على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمان ثلاثة غالية .
 كان أولى وأفضل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق أمراً مسلماً أعتق
 الله بكل عضو منه عضواً من النار ، ولأنه يفرج عن نفس زائدة . فكان أفضل
 من عدم ذلك ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحنة من الرابعة بثمان ثلاثة
 غالية فالثلاثة أولى ، لأن النبي (ص) لما سئل عن أفضل الرقاب قال : أغلاها
 ثمناً وأنفسها عند أهلها ، والقصد من العتق تكميل الأحكام من الولاية والجمعة
 والحج والجهاد وسائر الأحكام التي تختلف بالرق والحرية ، ولا يحصل ذلك إلا
 بإعتاق جميعه . وهذا التفضيل — والله أعلم — من النبي (ص) للغالية إنما يكون
 مع التساوي في المصلحة .

فأما أن ترجع بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق ، بأن يكون
 مضروراً بالوق في صلاح في العتق ، وغيره له مصلحة في الرق . ولا مصلحة له في
 العتق ، وربما تضرر به من فوات نفقته وكفالاته ، ومصلحته وعجزه بعت العتق عن
 الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ ، فإن اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه
 أفضل وأولى وإن قلت قيمته ، ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة ، لأن
 مقصود الموصي تحصيل الثواب والأجر ، ولا أجر في اعتاق هذا
 ولا يجوز أن يعتق الأرقبة مسلمة ، لأن الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم
 يتناول إلا المسلمة ، ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ، ولا
 يجوز اعتاق معينة عيباً يمنع الاجزاء في الكفارة لما ذكرنا والله أعلم .

(فصل)

ونقل المروزي عن أحمد فيمن أوصى بثقة في أبواب البر . يجوز ثلاثة أجزاء :
 جزء في الجهاد ، وجزء يتصدق به في قرابته ، وجزء في الحج : وقال في رواية
 أبي داود : الغزو يبدأ به ، وحكى عنه أنه جعل جزءاً في فداء الأسرى ، وهذا
 والله أعلم ليس على سبيل الزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ،
 لأن اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عمومته ، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل
 وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق ، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين
 ميت وإصلاح طريق وفك أسير واعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر

من دعاها الى حج من لا يجب عليه الحج ، فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً
وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله ، فتقديم
هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له .

واذا قال : ضع ثلثي حيث يربك الله فله صرفه في أى جهة من جهات القرب
رأى وضعه فيها عملاً يقتضى وصيته . وذكر القاضي أنه يجب صرفه الى الفقراء
والمساكين ، والافضل صرفه الى فقراء أقاربه ، فإن لم يجد قبالى محارمه من
الرضاع ، فإن لم يكن قبالى جيرانه . وقال أصحاب الشافعى : يجب ذلك لانه رده
الى اجتهاده فيما فيه الحظ . وهذا حظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم ، ونقل
ابن داود عن احمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محاييج
لم يوص لهم بشئ . ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم فإنهم أحق ، قال وسئل عن النصراني
يوصى بثلثه للفقراء من المسلمين أعطى اخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق
يعطون خمسون درهما لا يزدادون على ذلك ، يعنى لا يزداد كل واحد منهم على
ذلك لانه القدر الذى يحصل به التقى

، مسئلة ، قال (واذا وصى أن يحج عنه بخمسةائة فما فضل رده في الحج)

وجله أنه اذا وصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك
في الحج اذا حله الثلث لانه وصى بجميعه في جهة قرينة فوجب صرفه فيها ، قالوا
وصى به في سبيل الله ، وليس للولى أن يصرف الى من يحج أكثر من نفقة
المثل لانه أطلق التصرف في المعاوضة فاقضى ذلك عوض المثل كالوكيل في
البيع ، ثم لا يخلو اما أن يكون بقدر نفقة المثل لمجة واحدة فيصرف فيها أو
تأجيل عنها فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحد ، فإنه قال في رواية
خيل في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة ، فقال : يحج عنه من حيث
تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته ، وهذا قول الصيرى

وقال القاضي . يعان به في الحج ، وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري
وعن أحمد أنه مخير في ذلك ، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب
عليها : أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ .
الحال الثالث : أن يفضل عن الحجة في دفع في حجة ثانية ثم في ثالثة إلى أن ينفد
أو يبقى ما لا يبلغ حجة فيحج عنه من حيث يبلغ على ما ذكرنا من الخلاف فيه ،
ولا يستتيب في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه ، لانه نائب عن الميت وقائم
بمقامه فينبوب عنه من موضع لو حج المتوب عنه لحج منه ، فان كان الموصي به
لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً ، فان كان فرضاً أخذ
أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض ، فان كان الثلث أكثر أخذ
ثم بصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفد كما ذكرنا
من قبل ، وان كان الثلث أقل تم قدر ما يكفي الحج من رأس المال ، وبهذا قال
عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهرى والشافعي وإسحاق .
قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي
والشعبي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وداود بن أبي هند : ان وصى
بالحج فمن ثلثه والا فليس على ورثته شيء ، فعلى قولهم ان لم ينف الثلث بالموصي به
والا لم يزد على الثلث ، لان الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة .
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : لو كان على أهلك دين أكنت تقضيه ؟
قال نعم ، قال فدين الله أحق ان يقضى ، والدين من رأس المال فلا هو أحق منه
أولى ولانه واجب فكان من رأس المال كدين الأدي ، وان كان تطوعاً أخذ الثلث
لا غير اذا لم يحجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا فيما مضى .

(فصل) واذا أوصى بحج واجب أو غيره من الواجبات ، كقضاء دين وزكاة
واخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : ان يوصى بذلك من جلب ماله ، فهذا تأكيد لما وجب بالشرع
ويخرج عنه من بلدة ، وان لم ينف ماله بذلك أخذ ماله كله يدفع في الواجب ،
كما لو لم يوص .

(الثاني) أن يوصى بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضا ، فإن لم تكن له وصية غير هذه لم تقدر شيئا ويؤدي من المال كله كما لو لم يوص ، وإن كان قد أوصى بتبرع لجهة أخرى قدم الواجب ، وإن فضل من الثلث شيء فهو للتبرع ، وإن لم يفضل شيء سقطت ، وإن لم يف الثلث بالواجب أتم من رأس المال هكذا ذكر القاضي .

وقال أبو الخطاب : يراحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ويحتمل أنه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالخصص لما حصل للواجب أتم من رأس المال فيدخله الدور وتعمل بالجبر فتقول في رجل أوصى بحصة واجبة كفاتبا عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلقب إلا ثلاثين فاعزل ثمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة إلا ثلث شيء واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة إلا سدس شيء أضخم الشيء الذي عزلته إلى ما حصل للحصة فصار شيئا وخمسة إلا سدس شيء يعدل عشرة وخذ من الشيء سدسه فاجبر به بعض الخمسة يبقى خمسة أسداس شيء يعدل خمسة فالشيء إذا ستة ، ومتى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ، ثلثها ثمانية لأصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة مع الستة صار الجميع عشرة فإن كان عليه أيضا دين خمسة عزلت ثمة الحج شيئا وثمانية الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة إلا نصف شيء واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة إلا خمس شيء أضخم إليها ثمة بصر شيئا وأربعة إلا خمس شيء يعدل عشرة وبعد الجبر يصير أربعة أخماس شيء تعدل ستة فرد على الستة ربعها فصر سبعة ونصف يعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ، ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع ، للدين خمسها واحد وربع إذا ضمنت إليه ثمة كل خمسة وللحج اثنان ونصف تكمل به ثمة وللصدقة اثنان ونصف ؛ وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكأله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ، في المسألة الأولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة ، وفي المسألة الثانية حصل للحج أربعة وبقية له ستة وحصل للدين ديناران

ويبقى له ثلاثة فيأخذان ما يبقى لها من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة
 فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب
 الدين دينارين من الورثة وديناراً من صاحب التبرع .

(الثالث) أن يوصى بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ بإخراجه
 قبل التبرعات والميراث فإن كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي ، وهذا قول
 أكثر أصحاب الشافعي ، وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي
 قبله لأنه إنما يملك الوصية بالثلث .

ولنا أن الحج كان واجباً من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره
 فيبقى على ما كان عليه كما لم يوصى به ، وقولهم لا يملك الوصية إلا بالثلث ،
 قلنا في التبرع فأملاً في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ولا تنقيد به .

(القسم الرابع) أن يوصى بالواجب ويقرن الوصية بالتبرع مثل أن يقول
 حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففیه وجهان .

أصحهما : أن الواجب من رأس المال لأن الاقتران في اللفظ لا يدل على
 الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى : كلوا مما ثمره إذا أثمر
 وآتوا حقه يوم حصاده) والأكل غير واجب والإيتاء واجب وثمة هنا قد عطف
 غير الواجب عليه فكالم يستويان في الوجوب لا يلزم استواءهما في عمل الإخراج
 والثاني : أنه من الثلث لأنه قرن به ما يخرج من الثلث .

ومسألة : قال (وإن قال حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج)

وجملته أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل
 عن قدر ما يحج به فهو لمن يحج لأنه قصد إرفاقه بذلك فكأنه صرح ، فإن قال
 حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما فضل منها فهو لمن يحج ثم إن عين من يحج
 عنه فقال يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك إليه ، وإن لم يعين أحداً فللوصي
 صرفها إلى من شاء لأنه فرض إليه الاجتهاد إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث إذا
 كان فيها فضل إلا بإذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز لأنها لا حماية فيها
 ثم ينظر فإن كان الحج للوصي به تطوعاً لجميع القدر الموصى به من الثلث ،

وان كان واجبا فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثلث ، وان لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وان كان تطوعا فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى .

(فصل) وان عين رجلا أن يحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن انسان ثقة سواء ويصرف الباقي الى الورثة ، ولو قال المعين اصرفوا الحجة الى من يحج وادفعوا الفضل الى لأنه موصى به لى لم يصرف اليه شيء لانه انما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئا

مسألة : قال (وان قال حجوا عني حجة فما فضل رد الى الورثة)

أما اذا أوصى بحجة ولم يذكر قدراً من المال فإنه لا يدفع الى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرناه ، وان فضل ففضل عن ذلك فهو للورثة ، وهذا ينبنى على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه ، انما يتوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصى ، وما بقى رده على ورثته ، وان تلف المال في الطريق فهو من مال الموصى وليس على النائب امام المضى الى الحج عنه .

وعلى الرواية الأخرى يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر الا ثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو لمن يحج لأنه ملك ما أعطى بعد الاجارة ، وان تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه اتمام الحج

وان قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه الا حجة واحدة ، لانه أقل ما يقع عليه الاسم ، فإن عين مع هذا من يحج عنه فقال يحج عني فلان فإنه يدفع اليه قدر نفقته من بلده اذا خرج من الثلث ، فإن أبى الحج الا بزيادة تصرف اليه فينبغى أن يصرف اليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره ، وان أبى الحج وكان واجبا استتيب غيره بأقل ما يمكن استنابته به ، وان كان تطوعا احتمل بطلان الوصية لانه عين لها جهة ، فاذا لم تقبلها بطلت الوصية ، كما لو قال يعموا عبيدى لفلان بمائة فأبى شراؤه ، ويحتمل أن لا تبطل ويستتاب غيره لانه قصد القرية والتعيين ، فاذا بطل التعيين لم تبطل القرية ، كما لو قال يعموا عبيدى لفلان وتصدقوا بشمته فلم يقبل فلان فإنه يباع لغيره ويتصدق به .

(فصل) وإذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة لم يكن للوصي الحج بنفسه نص عليه أحمد كما لو قال تصدق على لم يجز أن يتصدق على نفسه ، وإن قال حج عني بما شئت صح وله ما شاء إلا أن لا يحجز الورثة فله الثلث .

(فصل) إذا أوصى أن يحج عنه زيد بماله ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة أمضيت على ما قال الموصي وإن لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل وإن رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو فإن لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ، ولا تمنع المزاومة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع الأخ من الأبوين في مزاومة الجد ، ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لأن زيدا إنما استحق المائة بالإجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم فإن امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنبت ثقة غيره في الحج بأقل ما يمكن وتام المائة للورثة ولعمرو ما فضل فإن كانت الحجة تطوعا فني بطلان الوصية بهما وجهان ذكرناهما فيما مضى .

فصل

وإن أوصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوّم العبد يوم موت الموصي لأنه حال نفوذ الوصية ودفع إلى زيد ودفع بقية الثلث إلى عمرو فإن لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو ، وإن مات العبد بعد موت الموصي أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو ، وهذا كذا إن مات زيد قبل موت الموصي أو بعده وإن مات العبد قبل موت الموصي قوّمنا التركة حال موت الموصي بدون العبد ثم بقوّم العبد لو كان حيا فإن بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو وإلا بطلت وصيته .

ولو قال لأحد عبدي أنت مدبر ثم قال لآخر أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الأول ثم بطل تدبير الأول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك فهي كالتى قبلها على ما ذكرنا .

« مسألة ، قال (ومن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل عمداً أو خطأ وأخذت الدية فلن أوصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء) »

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصى وأخذت ديته هل للموصى منها شيء أو لا ؟ فنقل منها عن أحمد أنه يستحق منها ، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ ، وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته ، وروى ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود ، وهو قول إسحاق .

وقال مالك في دية العمد : لأن الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصى بدليل أن سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لأن الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصية لأن الميت إنما يوصى بجزء من ماله لا بتمام ورثته .

ووجه الرواية الأولى أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولأن بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا تقضى منها ديونه ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه . فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فإنه يملك بحيث تقضى ديونه منه ويجهز فكذلك دية لأن تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه .

(فصل) فإن كانت الوصية بمعنى فعل الرواية الأولى يعتبر خروجه من ثلث ماله ودينه وعلى الأخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون دينه لأنها له ليست من ماله .

(فصل) وإن أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون إن الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع . هذا قول النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء علم أو لم يعلم ، وحكى عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك :

لا يدخل في وصيته إلا ما علم إلا المدبر فإنه يدخل في كل شيء .
ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم .

« مسألة ، قال (وإذا وصى إلى رجل ثم أوصى بعده إلى آخر فيها وصيان
إلا أن يقول قد أخرجت الأول)

معنى أوصى إلى رجل أى جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف
فيه من قضاء ديونه واقتضاها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية
على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده
والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه ، فأما من لا ولاية
له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الأخوة والأعمام وسائر من عدا
الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لأنه لا ولاية للوصى عليهم في الحياة فلا يكون
ذلك لتأنيبه بعد الممات ، ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول مالك وأبو حنيفة
والشافعي إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالوا للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل لأن
له ولادة وتخصيباً فأشبه الأب ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجد
وجهان ، أحدهما : أن لها ولاية لأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب .

ولنا أن الجد يدل بواسطة فأشبه الأخ والعم وفارق الأب فإنه يدل بنفسه
ويحجب الجد ويخالفه في ميراثه وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليه ، وأما
المرأة فلا تلي لأنها قاصرة لا تلي النكاح بحال فلا تلي مال غيرها كالعبد ، ولأنها
لا تلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب .

إذا ثبت هذا فإنه إذا أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى آخر فيها وصيان إلا أن
يقول قد أخرجت الأول أو قد عزلته لما ذكرنا فيما إذا أوصى بجارية لبشر
ثم أوصى بها لبكر ، ولأنه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منها فكأنما
وصيين كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة ، فأما أن أخرج الأول انعزل وكان الثاني
هو الوصى كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني .

(فصل) ويجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصى إلى
إنسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب

فلا يكون له غير ما جعل اليه ، ويجوز أن يوصى الى انسان بتفريق وصيته والى آخر بقضاء ديونه والى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل واحد منهم ما جعل اليه دون غيره ، ومتى أوصى اليه بشيء لم يصير وصيا في غيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يصير وصيا في كل ما يملكه الوصي لان هذه ولاية تنتقل من الاب بموته فلا تتبعض كولاية الجد :

ولنا أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الأذى فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة ، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تتبعض والإذن بتبعض فافترقا .

فصل

ويجوز أن يوصى الى رجلين معا في شيء واحد ويجعل لكل واحد منها للتصرف منفرداً فيقول أوصيت الى كل واحد منكما أن يتصرف بالتصرف لانه جعل كل واحد منها وصيا منفرداً ، وهذا يقتضى تصرفه على الانفراد وله ان يوصى اليها ليتصرفا مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ، ولانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ، وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافاً ، وان أطلق فقال أوصيت اليكما في كذا فليس لاحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك : لان الوصية والولاية لا تتبعض فلك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخرين في تزويج أختها .

وقال أبو حنيفة ومحمد : يستحسن على خلاف القياس فيبيع ان يتصرف كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت وقضاء دينه وانفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام وقبول الهبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها .

ولنا أنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لاحدهما الانفراد كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف نقول به فإنه جعل الولاية اليهما باجتماعهما فليست متبعة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا الا مجتمعين ثم يطل ما قاله بهاتين

الصورتين ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضا ؛ وإذا تعذر اجتماعهما أقام الحاكم أمينا مقام الغائب .

❦ فصل فيمن تصح الوصية اليه ومن لا تصح ❦

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نعله ، لان المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما فلا يلبان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية الى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح واسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجره عطاء لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون .

ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه أوصى الى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فاشبهت الرجل وتخالف القضاء ، فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية الى الأعمى ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لا تصح الوصية اليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار فصحت الوصية اليه كالصغير ، وأما الصبي العاقل فلا أعلم فيه نصا عن أحمد ، فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ، ولا يصح تصرفه الا بإذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ؛ ولانه مولى عليه ، فلا يكون واليا كالطفل والمجنون ، وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله .

وقال القاضي : قياس المذهب صحة الوصية اليه ، لان أحد قد نص على صحة وكالته ، وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم اليه ، لانه لا يلي على مسلم ، ولانه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية اليه كالمجنون والفاسق ، وأما وصية الكافر اليه ، فإن لم يكن عدلا في دينه لم تصح الوصية اليه ، لان عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية اليه فع الكفر أولى ، وان كان عدلا في دينه فقيه وجهان .

أحدهما تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأي ، لأنه يلى بالنسب فيلى الوصية كالمسلم .

والثانى لاتصح ، وهو قول أبى ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خيراً أو خنزيراً ، وأما العبد ، فقال أبو عبد الله بن حامد : تصح الوصية اليه سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره : وبه قال مالك ، وقال النخعى والأوزاعى وابن شبرمه : تصح الوصية إلى عبد نفسه ولاتصح إلى عبد غيره : وقال أبو حنيفة : تصح إلى عبد نفسه إذا لم يكن فى ورثته رشيد . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : لاتصح الوصية إلى عبد بحال لأنه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب . فلا يجوز أن يلى الوصية كالمجنون .

ولنا أنه يصح استنابته فى الحياة فصح أن يوصى اليه كالحر . وقياسهم يبطل بالمرأة ، والخلاف فى المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف فى العبد القن ، وقد نص الحرقى على أن الوصية إلى أم ولده جائزة ، وقد نص عليه أحمد أيضاً لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال

وأما الفاسق فقد روى عن أحمد ما يدل على أن الوصية اليه لا تصح ، وهو قول مالك والشافعى . وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية اليه ، فإنه قال فى رواية ابن منصور : إذا كان منها لم تخرج من يده

وقال الحرقى : إذا كان الوصى خائناً ضم اليه أمين . وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أمينا . وقال أبو حنيفة : تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل ، ووجه الأولى أنه لا يجوز إفراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالمجنون ، وعلى أبى حنيفة لا يجوز إقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا

(فصل) ويعتبر وجود هذه الشروط فى الوصى حال العقد والموت فى أحد الوجهين . وفى الآخر يعتبر حال الموت حسب كالوصية له ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى .

ولنا أنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود . فأما الوصية له فهي صحيحة وإن كان وارثا ؛ وإنما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخلاف مسألتنا ، فإنها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد . ولا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثاني لو كانت الشروط كلها متفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه

(فصل)

وإذا قال : أوصيت الى زيد فإن مات فقد أوصيت الى عمرو ، صح ذلك رواية واحدة ، ويكون ككل واحد منهما وصيا ، الا أن عمرا وصى بعد زيد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في جيش مؤتة : أميركم زيد فإن قتل فأمركم جعفر فإن قتل فأمركم عبد الله بن رواحة ، والوصية في معنى التامير . وإن قال أوصيت اليك فإذا كبر ابني كان وصي صح لذلك ، فإذا كبر ابنه صار وصيه . وعلى هذا لو قال : وصيت لك فإن تاب ابني عن فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشد فهو وصي صحت الوصية اليه وبصير وصيا عند وجود هذه الشروط

مسألة ، قال (وإذا كان الوصى خائنا جعل معه أمين)

ظاهر هذا صحة الوصية الى الفاسق ويضم اليه أمين ، وكذلك ان كان عدلا فتغيرت حاله الى الخيانة لم يخرج منها ويضم اليه أمين ، ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال اذا كان الوصى متهما لم يخرج من يده . ونقل المروزي عن أحمد فيمن أوصى الى رجلين ليس أحدهما بموضع للوصية : فقال الآخر اعطني لا يعطيه شيئا ليس هذا بموضع للوصية ، فقبل له : أليس المريض قد رضى به ؟ فقال وان رضى به ، فظاهر هذا ابطال الوصية اليه وحمل القاضى كلام الحرقى وكلام أحمد في ابقائه في الوصية على أن خيائته طرأت بعد الموت

فأما ان كانت خيائته موجودة حال الوصية اليه لم تصح ، لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ، ولأن الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلها .

فعلى هذا اذا كان الوصى فاسقا لحكمه حكم من لا وصى له وينظر في ماله الحاكم وان طرأ فسق بعد الوصية زالت ولايته واقام الحاكم مقامه أمينا ، هذا اختيار القاضى ، وهو قول الثورى والشافعى واسحاق ، وعلى قول الخرقي لا تزول ولايته ويضم اليه أمين ينظر معه ، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الوصى بإبقائه في الوصية ، فيكون جمعا بين الحقيقين وان لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصى الفاسد

وأما التفريق بين الفسق الطارىء وبين المقارن فبعد ، فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء ، سيما اذا كانت لمعنى يحتاج اليه في الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق اذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضى به الموصى مع علمه بحاله وأوصى اليه راضيا بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيائته في ماله ، بخلاف ما اذا طرأ الفسق فإنه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه ، ألا ترى انه لو أوصى الى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى الى اثنين لم يحز للواحد التصرف

(فصل)

وأما العدل الذى يعمد عن النظر لعله أو ضعف فإن الوصية تصح اليه ويضم اليه الحاكم أمينا ، ولا يزيل يده عن المال ولا نظره ، لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة نصحت الوصية اليه ، وهكذا ان كان قويا لحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم اليه بدا أخرى ويكون الاول هو الوصى دون الثانى ، وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الوصى . وهذا قول الشافعى وابى يوسف ، ولا أعلم لها مخالفا

(فصل) واذا تغيرت حال الوصى بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص اليه ويرجع الأمر الى الحاكم فيقيم أمينا ناظرا للبيت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصيا ، وان تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعا لشروط الوصية صححت الوصية اليه لأن الشروط

موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله . ويحتمل أن تبطل لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها ، فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فأكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

(فصل) ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي لأنها إذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل ، بخلاف الوصية له فإنها تملك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، ويجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ، ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته بمشهد منه وفي غيبته ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته إلا بحضوره لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره . وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية عن أحمد ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك . ولنا أنه متصرف بالإذن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(فصل) ويجوز أن يجعل للموصي جملا لأنها بمنزلة الوكالة : والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية ، وقد نقل إسحاق بن إبراهيم في الرجل يوصي إلى الرجل ويجعل له دراهم مسماة فلا بأس . ومقاسمة الموصي الموصى له جائزة على الورثة لأنه نائب عنه ، ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لأنه ليس بنائب عنه .

فصل

وإذا أوصى إلى رجل وأذن له أن يوصي إلى من يشاء ، نحو أن يقول أذنت لك أن توصي إلى من شئت ؛ أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه ، أو فهو وصي صح ، وله أن يوصي إلى من شاء لأنه رضى باجتهاده واجتهاد من يراه ، فصح كما لو وصى اليهما معا ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن الشافعي أنه قال في أحد القولين : ليس له أن يوصي لأنه يلي بتولييه ، فلا يصح أن يوصي كالوكيل .

ولنا أنه ماذون له في الإذن في التصرف لجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا

أمر بالتوكيل ، والتوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه . فأما إن أوصى إليه وأطلق ولم يأذن له في الإيصاء ولا إنهاء عنه فقيه روايتان

إحداهما : له أن يوصى الى غيره . وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف ، لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالأب والثانية ليس له ذلك ، وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وإسحاق ، وهو الظاهر من مذهب الحنفي لقوله ذلك في التوكيل لأنه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالتوكيل ، ويخالف الأب لأنه يلى بغير تولية

مسألة ، قال (وان كانا وصيين فمات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)

وجملة ذلك أنه يجوز للرجل الوصية الى اثنين ، فمات أحدهما لم يجر لو واحد منهما الا انفراد بالتصرف . فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينا لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منها وحده ، فإن أراد الحاكم رد النظر الى الباقي منهما لم يكن له ذلك . وذكر أصحاب الشافعي وجهها في جوازها ، لأن النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا ، فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا أن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره إليه ، لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده ، وإن تغيرت حالها جميعا بموت أو غيره فللحاكم أن ينصب مكانهما ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان أحدهما له ذلك لأنه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ولو لم يوص لاكتفى بواحد ، كذا ههنا ، ويفارق ما اذا كان أحدهما حيا لأن الموصي بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معاً

والثاني لا يجوز أن ينصب الا اثنين لأن الموصي لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حيا ، فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أمينا لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره ، وإن ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم

أن يقيم واحداً يتصرف وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك وكانا بمن لـ لكل واحد منهما التصرف منفرداً فليس للحاكم أن يضم إليهما أمينا لأن الباقي منهما يكفي إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله أن يقيم أمينا ، وإن كانا بمن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أمينا يتصرف معه على كل حال فيصرون ثلاثة : الوصيان والأمين معهما ولكل واحد منهم ^(١) التصرف وحده .

(فصل)

وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً لأن الموصي لم يامن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه ، وقال مالك : يجعل عند أحدهما ، وقال أصحاب الرأي : يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم إنما أراد إذا كان كل واحد منهما موصى إليه على الانفراد ، وقال بعضهم بل هو عام فيهما . ولنا أن حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لأحدهما الانفراد به كالتصرف : ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن يتفرد بحفظ بعضه لجاز له أن يتفرد بالتصرف في بعضه .

(فصل) لا بأس بالدخول في الوصية فإن الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي إلى بعض فيقبلون الوصية ، فروى عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر ، وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الأسود وآخر .

وروى عن ابن عمر أنه كان وصيا لرجل ، وفي وصية ابن مسعود إن حدث بي حادث الموت من مرضي هذا أن مرجع وصيتي إلى الله سبحانه ثم إلى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله ، ولأنها وكالة وأمانة فاشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل

(١) صوابه وليس لكل واحد منهم .

بالسلامة شيئاً ، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل
تحريراً للسلامة واجتناباً للخطر ، وقد روى حديث يدل على ذلك : وهو ما روى
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي ذر : إني أراك ضعيفاً وإنى أحب لك
ما أحب لنفسى فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم ، أخرجه مسلم .

(فصل)

فإن مات رجل لا وصى له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه
يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع مادعت الحاجة إلى بيعه : فإن صالحاً
نقل عنه في رجل بأرض غربة لا قاضي بها مات وخلف جوارى ومالا أتى لرجل
من المسلمين بيع ذلك ؟ فقال : أما المنافع والحيران فإن اضطروا إلى بيعه ولم يكن
قاض فلا بأس ، وأما الجوارى فأحب إلى أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام ،
وإنما توقفت عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لأن بيعهن يتضمن إباحة
فرج ، وأجاز بيع ذلك لأنه موضع ضرورة .

(فصل) وإذا أوصى إليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه ، نص عليه أحمد
فقال : إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو يحتاج إليه فلا يأكل منه
شيئاً إنما أمر بتنفيذه ، وبهذا قال مالك والشافعي .

وقال أبو ثور وأصحاب الرأي إذا قال الموصى جعلت لك أن تضع ثلثي حيث
شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ، ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا لأنه
يتناول لفظ الموصى . ويحتمل أن ينظر إلى قرائن الأحوال فإن دلت على أنه
أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف إليهم ذلك أو عادته
الأخذ من مثله فله الأخذ منه وإلا فلا ، ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه
إذا كانوا مستحقين دون نفسه : لأنه مأمور بالتفريق ، وقد فرق فيمن يستحق
فأشبه ما لو دفع إلى أجنبي .

ولنا أنه تملك ملكه بالأذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كماله وكله في بيع
سلمة لم يجوز له بيعها من نفسه .

(فصل) وإن وصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم
فنه روايان

إحداهما : يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لأن حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة .
والأخرى : يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئا مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للدين في يديه مال لم يملك استيفاءه مما في يديه كذا ههنا ، ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنسا واحدا فللموصى أن يخرج الثلث كله مما في يديه لأنه لا فائدة في انتظار إخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية : محمولة على ما إذا كان المال أجناسا فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوصا عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لأنه معاوضة لا تجوز إلا برضاهم والله أعلم .

فصل

إذا علم الوصى أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحد لا يقضيه إلا بينة ، قيل له فإن كان ابن الميت بصدقه ؟ قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته ، وقال فيمن استودع رجلا ألف درهم وقال : إن أنا مت فادفعها الى ابني الكبير وله ابنان ، أو قال ادفعها الى اجنبي ، فقال إن دفعها الى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته ، وإن دفعها الى الآخر ضمن ، ولعل هذا من أحد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصى ولم يقرروا فلا يقبل قوله عليهم ، وليس له الدفع بغير إذنهم لأن قوله أقر عندى واذن لى إثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لأنه يشهد لنفسه بالولاية .

وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان على كذا ينبغي للوصى أن ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذ ، فهذه المسألة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصى أو المدعى أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين وموافقة للدليل ، قيل لأحد قان علم الموصى اليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم بطالب الوصى وقدمه الى القاضي ليستحلفه أن مالى في يدك حق ، فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية ، قان أعطاه القاضي فهو أعلم قان ادعى رجل ديناً على الميت وأقام به بينة فهل يجوز للوصى قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم ؟ فكلام أحمد يدل على روايتين :

إحداهما : قال لا يجوز الدفع اليه بدعواه إلا أن تقوم البينة فظاهر هذا أنه جواز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لأن البينة له حجة ؛ وقال في موضع آخر إلا أن يثبت بيينة عند الحاكم بذلك ؛ فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

« مسألة ، قال (ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبيد لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثة أفرع بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه لأن جميع ملك الميت خمسمائة درهم وهو قيمة العبدین فضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة ، فأما ان وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل في الآخر اذا وقعت عليه القرعة وكل شيء يأتي من هذا الباب فسيبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر)

هذه المسألة دالة على أحكام أربعة منها : أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه الا ثلث المال الا أن يجيزه الورثة ، وهذا قول جمهور الفقهاء وحكى عن مسروق فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له غيره أجزه برمته شيء جعله الله لا ارادة ، وهذا قول شاذ يخالف الاثر والنظر فإنه قد صح عن عمران بن حصين ، أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبي صلى الله عليه وسلم فأفرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديدا ، رواه مسلم وأبو داود ، ولأنه تبرع في مرض موته فأشبهه سائر العطايا والصدقات .

الثاني : أن العتق اذا كان في أكثر من واحد فلم يحملهم الثلث كلنا الثلث في واحد بالقرعة وان كانوا جماعة كلنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور .

الثالث : أنه اذا لم يخرج من الثلث الا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورقي باقيه على ما سنذكره في العتق ان شاء الله تعالى .

الرابع . اثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي صلى الله عليه وسلم في الأعداء الذين أقرع بينهم ، فأما كيفية تكميل العتق فإن العبد إن تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح كسسته أعبد قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين منهم ثلثاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمى رقيق كما فعل النبي (ص) فاللذان يقع لهما سهم الحرية يعتقان ويرق الآخرون .

وإن كان فيهم كسر كسالة الحرقى أقرعت بين العبدین فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية ضربت قيمته في ثلاثة أسهم فما بلغ نسبت إليه قيمة العبدین جميعاً فهما خرج بالنسبة فهو القدر الذي يعتق منه ففي هذه المسألة إذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربتهما في ثلاثة صارت ستمائة ونسبت منها قيمة العبدین معا وهي خمسمائة تبجدها خمسة أسداسها فيعتق منه خمسة أسداسه ، وإن وقعت على الآخر عتق خمسة أسداسه وتما شرح ذلك يأتي في باب العتق إن شاء الله تعالى .

مسألة ، قال (وإذا أوصى بعبد من عبده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدم بالقرعة إذا كان يخرج من الثلث والا ملك منه بقدر الثلث)

وجملة ذلك : أن الوصية بغير معين كعبد من عبده وشاة من غنمه تصح . وقد ذكرنا أن الوصية بالجهول تصح فيما مضى ، وبه يقول مالك والشافعي وإسحاق ، واختلفت الراوية فيما يستحقه الموصى له فروى أنه يستحق أحدم بالقرعة ويشبه أن يكون قول إسحاق .

ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا من العبد وهو قول الشافعي ، وقال مالك قولاً يقتضي أنه إذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعة فله ربعهم فإنه قال إذا أوصى بعشر من أبله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك ، والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد لأنه الذي تناوله لفظه ، ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه ولكن يعطى واحداً بالقرعة لأنه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب النصير إلى القرعة كما لو اعتق واحداً منهم .

وعلى ما نقل ابن منصور يعطيه الورثة من عبده ما شاءوا من صحيح أو معيب

جيد أو ردى. لأنه يتناول له اسم العبد فأجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يصفه الى عبيده، وإن لم يكن له إلا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك إن كان له عبيد فأتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر تسليم الباقي، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصى أو قتلوا بطلت الوصية، لأنها إنما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ، وإن تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت الوصية لأن الزكاة عند الورثة غير مضمونة لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلهم قاتل فلملوصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة، ولو قال أوصيت لك بعبد من عبيدى ولا عبيد له لم تصح الوصية لأنه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كبسى ولا شيء فيه أو بدارى ولا دار له، فإن اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لأنها وقعت باطلة فلم تصح، كما لو قال أوصيت لك بما في كبسى ولا شيء فيه ثم جعل في كبسه شيئاً، ولأن الوصية تقتضى عبداً من الموجودين له حال الوصية، ويحتمل أن تصح كما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصى له بثلاث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين.

وقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل قال في مرضه أعطوا فلاناً من كبسى مائة درهم فلم يوجد في كبسه شيء يعطى مائة درهم فلم تبطل الوصية لأنه قصد إعطائه مائة درهم وظنها في الكبس فإذا لم تكن في الكبس أعطى من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده إذا لم يكن له عبيد أن يشتري له من تركته عبد ويعطى إياه،

(فصل) وإن أوصى لرجل بعبد صححت الوصية ويشتري له عبد أى عبد كان، وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤوا ولا قرعة ههنا لأنه لم يصف الرقيق الى نفسه ولا يجعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمى عبداً كما لو أقر له بعبد، قال القاضى: ولهم أن يعطوه ما شاؤوا من ذكر أو أنثى؛ والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فإن الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله تعالى (وأنكحوا الإيبي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) والمعطوف

يغايير المعطوف عليه ظاهراً : ولأنه في العرف كذلك فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر ، ولو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته إلا إلى الذكر ، وإن وصى له بأمة أو جارية لم يكن له إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلاً لأنه لا يعلم كونه ذكراً أو أنثى ، وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والأنثى والخنثى .

(فصل) وإن وصى له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبد من عبيده ويقع هذا الاسم على الضأن والمز ، قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والأنثى لأن الشاة اسم يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم ، في أربعين شاة شاة ، يريد الذكور والإناث والصغار والكبار ، وعندنا أنه لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في بلد عرفهم يتناول ذلك ، فأما من لا يتناول عرفهم إلا الإناث فإن وصيته لا تتناول إلا ما يسمى في عرفهم لأن ظاهر حاله إرادة ما يتعارفونه ، وإن وصى بكبش لم يتناول إلا الذكر الكبير من الضأن ، والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المز ، وإن وصى بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والإناث والصغار والكبار .

(فصل) وإن وصى بحمل لم يكن إلا ذكراً ، وإن وصى بناقة لم تكن إلا أنثى ، وإن قال عشرة من إبل وقع على الذكر والأنثى جميعاً ، ويحتمل أنه إن قال عشرة بالهاء فهو للذكور ، وإن قال عشر فهو للإناث ، وكذلك في الغنم لأن العدد في العشرة إلى الثلاثة للذكر بالهاء وللثلاث بغيرها قال الله تعالى (فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وإن قال اعطوه بعيراً فبغيره وجهان . أحدهما : هو للذكر وحده لأنه في العرف اسم له وحده .

والثاني : هو للذكر والأنثى لأنه في لسان العرب يتناولهما جميعاً ، تقول العرب حلبت البعير تريد الناقة فالجمل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالإنسان .

(فصل) وإن وصى له بشور فهو ذكر ، وإن وصى ببقرة فهي أنثى ، وإن وصى بدابة فهي واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والأنثى لأن الاسم في العرف يقع على جميع ذلك ، وإن قرن به ما يصرفه إلى أحدهما مثل أن

قال دابة يقاتل عليها أو يسهم لها انصرف الى الخيل ، وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال لانه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك ، وان وصى له بجمار فهو ذكر ، وان وصى باتان فهي اثني فان وصى بحصان فهو ذكر ، وان وصى بفرس تناول الذكر والاثني وفي جميع ذلك اذا كان له اعداد من جنس ما وصى له به ، فعلى قول الحرقي يكون له ذلك بالسرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ما شاؤوا ولا يستحق للدابة سرجا ولا للغير رحلا الا ان يذكره في الوصية .

(فصل) وان اوصى بكلب يباح اقتناؤه صحت الوصية . لان فيه نفعا مباحا وتقر البد عليه : والوصية تبرح فتصح في المال وفي غير المال من الحقوق ، ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال . وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلبا من كلابي أو قال من مالي لانه لا يصح ابتياع الكلب لانه لا قيمة له بخلاف الشاة ، فان كان له كلب ولا مال له سواء فله ثلثه . وان كان له مال سواء فقد قيل للموصى له جميع الكلب . وان قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له : وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به . وان وصى لرجل بكلابه ولاخر بثلث ماله فلموصى له بالثلث الثلث وللوصى له بالكلاب ثلثها وجها واحدا ، لان ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال .

واذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي أن يقرع بينهم فيه ، وان وصى له بكلب وللوصى كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحمر فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كلب يباح وكلب للراش فله الكلب المباح ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا الا أنه يجعل للموصى له بكلب ما أحب الورثة دفعه

إليه ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير الكلاب الثلاثة ، وفي الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو للماشية وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للاصطياد كالأسد والنمر والذئب لأنها لا منفعة فيها ولا تصح الوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها .

(فصل)

وإن وصى له بطبل حرب صححت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطبل لهر لم تصح لعدم المنفعة المباحة به ، وإن كان مع ذلك إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به لأن منفعته في الحال مقدومة فإن كان يصلح لها جميعاً صححت الوصية به لأن المنفعة قائمة به ، وإن وصى له بطبل وأطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى ما تصح الوصية به ، وإن كان له طبول تصح الوصية بجميعها فله أخذها بالقرعة أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين ، وإن وصى بدف صححت الوصية به لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان اللهور لأنها محرمة وسواء كانت فيه الاوتار أو لم تكن لانه مهياً لفعل المعصية دون غيرها فأشبه ما لو كانت فيه الاوتار .

(فصل) ولو أوصى له بقوس صححت الوصية فإن فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي أو قوس بهجري أو قوس زنبور أو جوخ أو ندف أو بندق فإن لم يكن له الا قوس واحد من هذه القسي تعينت الوصية فيه ، وإن كانت له هذه جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرف الى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوساً يندف به أو يتعيش به أو ما أشبه ذلك فهذا يصرفه الى قوس الندف ، وإن قال يغزو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وإن كان الموصى له نداقاً لا عادة له بالرمي أو بندقانيا لا عادة له بالرمي بشيء سواء أرمى بقوس غيره لا يرمى بسواء انصرفت الوصية الى القوس الذي يستعمله عادة لأن ظاهر حال الموصى أنه قصد منفعة بما جرت عادته بالاتفاق به ، وإن انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أن له واحداً من جميعها بالقرعة أو ما يختاره الورثة لأن اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ولا البندق ولا العربية

في بلد لا عادة لهم بالرمي بها وهذا مذهب الشافعي الا أنه لا يذكر العربية ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها اسم القوس في العادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول قوس القطن أو الزندف أو قوس البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالبا ويعطى القوس معمولة بها لانها لا تسمى قوسا الا كذلك ولا يستحق وترها لان الاسم يقع عليها دونه. وفيه وجه آخر أنه يعطاهما بوترها لانها لا ينتفع بها الا به فكان كجزء من أجزائها .

(فصل)

وان وصى له بعود وله عود لهو وغيره لم تصح الوصية لان اطلاقها ينصرف الى عود اللهو ولا تصلح الوصية به لعدم النفع المباح فيه وان لم يكن له الا عيدان قسي أو عود يتخير به أو غيره من العيدان المباحة صححت الوصية وانصرفت اليها لعدم غيرها وتعيينها مع اباحتها ، وان وصى له بجرة فيها خمر صححت الوصية بالجرة وبطلت في الخمر لان في الجرة نفعا مباحا والخمر لا نفع فيه مباح فصحت الوصية بما فيه المنفعة المباحة كما لو وصى له بخمر وخل وان وصى له بخمر في جرة لم تصح لان الذي أضاف الوصية اليه الخمر ولا تصح الوصية به .

مسألة ، قال (واذا أوصى له بشيء بعينه فتلغ بعد موت الموصي لم يكن للموصي له شيء وان تلف المال كله الا الموصى به فهو للموصي له)

أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به اذا تلف قبل موت الموصي أو بعبدته فلا شيء للموصي له ؛ كذلك حكاه ابن المنذر فقال أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا أوصى له بشيء فهلك ذلك الشيء أن لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له انما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بعين وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف في يده، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلم يضمنوا شيئا ، وان تلف المال كله سواء فهو للموصي له لان حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصي له وذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم في سائر المال دونه فأبها تلف حقه لم يشارك الاخر في حقه كما لو كان التلف

بعد أن أخذه الموصى له وقبضه ، وكالورثة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب أحدهم قال أحد فيمن خلف مائتي دينار وعبدا قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرق الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به .

(فصل) وان وصى له بمعين فاستحق بعضه أو هلك فله ما بقي منه ان حله الثلث وان وصى له بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شينامعينا ، وان وصى له بثلاثة أعبد فملك عبدان أو استحقا فليس له الا ثلث الباقي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

ومسألة ، قال (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا قوّم وقت الموت لا وقت الاخذ .

وجعلته أن الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا فينظر فإن كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواء فهو للموصى له لا شيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائدا عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه ، وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه ، وان كان نصف المال وبثلثه فللموصى له خمسه فان نقص بعد ذلك أو زاد أو نقص سائر المال أو زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله ، وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لانها ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثه شيئا الا أن يجيز الورثة ؛ وان كانت قيمته أربعمائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد أو نقص المال أو زاد .

(فصل)

والمطايا في مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت ، نقل صالح بن أحمد عن أبيه فيمن له ألف درهم وعبد قيمته ألف ، فأعتق العبد في مرض موته وأنفق الدراهم ، عتق من العبد ثلثه فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله ، فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ، ولو لم ينفق الألف لعق منه ثلثاه ، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ ألفين لعق العبد كله لخروجه من الثلث ، وإن كسب العبد شيئاً كان كسبه بينه وبين الورثة على قدر ما فيه من الحرية والرق ويدخله الدور ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، وإن تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة

(فصل) وإن وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين ، لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله ، وظاهر كلام الحنفى أن للوصي ثلث المعين ذكره في المدبر ، وقيل لا يدفع إليه شيء لأن الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله ولم يحصل لهم شيء . وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، والصحيح أن له الثلث ، لأن حقه فيه مستقر فوجب تسليمه إليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ، ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين إلى الوصي ، وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ، ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء ، كما لو أبرأ معصاً من دين عليه

وقال مالك : يخير الورثة بين دفع المعين الموصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال ، لأن الموصى كان له أن يوصي بثلث ماله فعُدل إلى المعين وليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوله إلى الورثة ، فيقال للورثة : إن رضيتم بذلك والا فعودوا إلى ما كان له أن يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لأجنبي فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح ، لأن جعل حقه في قدر الثلث إشاعة وإبطال لما عينه ، فلا يجوز

إسقاط ما عينه الموصى للموصى له ونقل حقه الى ما لم يوص به ، كما لو وصى به
بمشاع لم يجز نقله الى معين ، وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً

إذا ثبت هذا فإن للموصى له ثلث المعين الحاضر ، وكلما اقتضى من دينه شيء
أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل
للموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله ، فلو خلف تسعة عينا وعشرين ديناً وأبنا
ووصى بالتسعة لرجل فللموصى ثلثها ثلاثة وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى ثلثه
فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضى ثمانية عشر فيكمل له التسعة ،
وإن جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من
العين ، ولو كان الدين تسعة فإن الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصى ثلثها ويبقى
ثلثها موقوفاً كلما استوفى من الدين شيء فللموصى من العين قدر ثلثه ، فإذا استوفى
الدين كله كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع ، وإن كانت الوصية بنصف العين
أخذ الوصى ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً ، فتي اقتضى من الدين
مثليه كملت الوصية .

(فصل) فإن كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفاء
الوصية ، فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه . وهذا أحد قولي الشافعي ،
وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته ، وهذا قول أهل
العراق ، لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر

ولنا أن الورثة شركاؤه في الدين وليس معهم شركة في العين ، فلا يختص بما
خرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه في الدين وصياً آخر ، أو كما لو وصى لرجل
بالعين وله ولاخر بالدين ، فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون
صاحبه ، كذا هنا

(فصل) ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة
ووصى لآخر بثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين ، وكلما اقتضى من الدين شيء
فللموصى له بثلث المال ربعه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما
نصفين ، فإذا استوفى الدين كله كمل للموصى نصف العبد ولصاحب الثلث ربع

الماتين وذلك هو ثلث المال ، وان استوفى الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك
للموصى له بالثلث ربع الماتين وربع العبد وللموصى له بثلث العبد ربعه ،
لان الوصيتين أربعة اتساع المال والجائز منهما ثلث المال وهو ثلاثة اتساع وذلك
ثلاثة ارباع وصيتهما ، فرددنا كل واحد منهما الى ثلاثة ارباع وصيته وهى ربع
المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه ، وفى المسألة أقوال سوى ما قلناه
تركناها لطولها ، وهذا أسدها ان شاء الله ، الا أننا أدخلنا النقص على كل واحد
منهما بقدر ماله فى الوصية وكملنا لهما الثلث ، وان أجيز لهما أخذ كل واحد منهما
ما بقى من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عينا وعشرة دينا على أحد إبنيه وهو
معر ووصى لأجنبي بثلث ماله ، فإن الوصى والابن الذى لا دين عليه يقتسمان
العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه ، فإن كانت
الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماسا ، للموصى خمسها وأربعة وللابن
سنة وسقط عن المدين ثلاثة ارباع دينه وبقي عليه ربعه : فإذا استوفى قسم بينهما
أخماسا كما قسم العين ، لأن الوصية بالربع وهو ثمان ويبقى ستة أثمان لكل ابن
ثلاثة أثمان ، فصار نصيب الوصى والابن الذى لا دين عليه خمسة أثمان ، للابن
ثلاثة وللوصى سهران ، فلذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين بينهما أخماسا
وسقط عن المدين ثلاثة ارباع ما عليه لأنه له ثلاثة أثمان ، وهى ثلاثة ارباع
النصف الذى عليه .

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلا كالسمن وتعليم صنعة فهو تابع
للعين ويكون للموصى له اذا احتمله الثلث ، وان كان منفصلا كالولد والثرثرة فى
حياة الموصى فهو له يصير الى ورثته لانه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول
فينبئ على الملك فى الموصى له والصحيح أنه للورثة والآخر هو للموصى له فيكون
النماء لمن الملك له ، والله أعلم بالصواب

مسألة : قال (واذا أوصى بوصايا فيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل تحاصوا
فى الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى الوصية)

أما إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فإن
الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد بقدر
ماله من الوصية على مثال مسائل العول إذا زادت الفروض عن المال، فلو وصى
لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون، ووصى بفداء أسير
بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين، وثلث ماله مائة، جمعت الوصايا كلها فوجدتها
ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجدد ثلثها، فتعطى كل واحد منهم ثلث حصته،
فلصاحب الثلث ثلث المائة. وكذلك لصاحب المائة، ويرجع صاحب الخمسين إلى
ثلثها، وفداء الأسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان، فأما إن كان فيها عتق فعن
أحد فيها روايتان .

إحداها: أن يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق وغيره سواء، ويقسم بينهم
على ما ذكرنا، وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور، لأنهم تساووا في سبب
الإستحقاق، فتساووا فيه كسائر الوصايا .

والرواية الثانية: يقدم العتق ويبدأ به فإن فضل منه شيء قسم بين سائر أهل
الوصايا على قدر وصاياهم، وروى هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء
والخراساني وقادة والزهرى ومالك والثوري وإسحاق لأن فيه حقاقة تعالى
وحقا لآدمي فكان أكد، ولأنه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك، ولأنه أقوى
بدليل سرايته ونفوذه من الرأهن والمفلس، وروى عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل)

والعطايا المتعلقة بالموت كقوله: إذا مت فاعطوا فلانا كذا أو اعتقوا فلانا
ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في التسوية بين مقدمها ومؤخرها،
والخلاف في تقديم العتق منها بخلاف العطايا المنجزة، فإنه يقدم الأول منها فالأول
لأنها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتساوى كلها .

(فصل) وإذا وصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه، فإن أبي أجبره الحاكم
عليه لأنه حق وجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية، فإن أعتقه الوارث
أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لأنه حيث عتق وولأوه للموصى لأنه السبب
وهؤلاء نواب عنه، ولهذا لزمهم اعتاقه كرها، وإن كانت الوصية بعتقه إلى غير

الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصى في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره اذا لم
يمتنع منه كالوكيل في الحياة .

مسألة . قال (ومن أوصى بفرس في سبيل الله وألف درهم تنفق عليه
فمات الفرس كانت الالف للورثة وان أنفق بعضها رد الباقي الى الورثة)

انما كان كذلك لانه عين للوصيه جهة فاذا قامت عاد الموصى به الى الورثة
كالو أوصى بشراء عبد زيد يعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده ، وان أنفق بعض
الدرايم ثم مات الفرس بطلت الوصيه في الباقي ، كما لو وصى بشراء عشرين فمات
أحدهما قبل شرائه . قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف
درهم في السبيل أيحفل في الحج منها شيء؟ فقال لا . انما يعرف الناس السبيل الغزو

(فصل)

واذا قال يخدم عبيد فلانا سنة ثم هو حر صحت الوصيه ، فإن قال الموصى له
بالخدمة لا أقبل الوصيه أو قال قد ذهبت الخدمة له لم يعتق في الحال ، وبهذا قال
الشافعي . وقال مالك : ان ذهب الخدمة للعبد عتق في الحال

ولنا أنه أوقع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصيه

(فصل) واذا أوصى لعمه بثلث ماله والحالة بعشره فردت وصيتها فتحاص
في الثلث فأصاب الحال ستة فاضرب الذي أصابه في وصيته وذلك ستة في عشرة
تكن ستين ، واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي الثلث .
وان شئت قلت قد أصاب الحال ثلاثة أخماس وصيته يبقى من الثلث خمسا وهي
تعديل ما أصاب الحال فزد على ما أصاب الحال مثل نصفه وهو ثلثه يصير تسعة
فهو للذي أصاب العم . وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته
وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصيه الحال ، وذلك سبعة
ونصف للعم ثلاثة أمثاله اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون . وان
قال أصاب الحال خمس المال فقد بقي من الثلث خمسا للعم فيكون الحاصل للحال
خمسا وصيته أيضا ، وذلك أربعة دنانير ووصية العم مثل ثلثها ديناران وثلثان

والثلث كله ستة وثلثان والمال كله عشرون فإن كان معهما وصية بسدس المال وأصاب الحال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشرة تعدل ما حصل للعم وهو ستة فالثلث ستون ؛ وإن أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسة يبقى من الثلث أيضاً عشرة فهو وصية الحال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا .

نوع آخر : خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أعدم إلا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب أعدم إلا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثني عشر انقصهما سهما يبقى أحد عشر فهي نصيب ابن انقصهما سهمين يبقى تسعة فهي وصية الحال وإن نقصتها ثلاثة بقي ثمانية فهي وصية العم وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الحال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم ديناراً وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيباً جبر وقابل واسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقرب وحول تصير الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا .

وإن أوصى لعمه بعشرة إلا ربع وصية خاله ولخاله بعشرة إلا خمس وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصهما سهما تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الحال أربعة وانقصهما سهما يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين اقسما على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصهما سهما واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله .

طريق آخر : تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسة وتسرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الحال ستاً ووصية العم عشرة إلا ربع شيء فخذ خمسة فرده على الشيء وهو سهران إلا نصف عشر شيء يعدل عشرة فاسقط المشترك من الجانبين تصير

ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً .

وان وصى لعمه بعشرة إلا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة إلا ثلث وصية جده ولجده بعشرة إلا ربع وصية عمه فوصية عمه ستة وثمانون ووصية خاله سبعة وثمانون ووصية جده ثمانية وثمانون وبابها أن تضرب الخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في ثلاثة في أربعة تكون أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكون خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكون ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكون مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وثمانون فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحد يبقى اثنان واضربها في الأربعة تكون ثمانية زدها واحداً واضربها في اثنين ثم في عشرة تكون مائة وثمانين واقسمها على خمسة وعشرين ثم انقص من الأربعة واحداً واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحداً تكون سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكون مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين .

طريق آخر : تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم تضم الى مائة العم ديناراً أو الى مائة الخال درهماً وتقابل مائة أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهماً فاسقط لفظة الأشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهماً ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فإذا أسقطت المشترك بقي درهماً وربع معادلة للدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أرباعاً تصير سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقطب واجعل الدراهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع الى ما فرضت فتجد مع العم درهماً وديناراً وستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وثمانون والثمانية عشر سبعة وثمانون والأحد وعشرون ثمانية وثمانون .

فإن كان معهم أخ ووصية الجد عشرة الا ربع ما مع الأخ ووصية الأخ عشرة الا خمس ما مع العم فهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الأخ أربعة أفلس ثم تقابل ما مع العم بما مع الخال كما ذكرنا ، وتجعل الأشياء ديناراً ودرهماً ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلساً ثم تقابل ما مع الجد بما مع الأخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الأخ مائة وأربعة ، إذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيت منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة وثلاثين جزءاً ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجد سبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءاً .

وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تكن مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسوم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الأربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر وتزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين :

فهذه وصية الجد ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وتزيدها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الأخ وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته ولو وصي

لعمه بعشرة ونصف وصية خاله والحالة بعشرة وثلاث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر، وبابها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وانقصه واحدا فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحدا وتضربه في مخرج الثلث ثم في عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحدا وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة.

فإن كان معها آخر ووصى لأخال بعشرة وربع وصيته ووصى له بعشرة وربع وصية العم ضربت الخارج ونقصتها واحدا تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحدا وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحدا واضربها في أربعة تكن أربعين في عشرة ثم اقسما نخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقي كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءا ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء وإن شئت بعد ما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهو وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم.

وهذا القدر من هذا الفن يكفي فإن الحاجة إليه قليلة وفروعه كثيرة. طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى يوفقنا لما يرضيه إنه على ما يشاء قدير.

كتاب الفرائض

روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : العلم ثلاثة - وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة ، وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : تعلموا الفرائض وعلّموا فإنّه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينتزع من أمتي ، أخرجه ابن ماجه ، ويروى عن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : تعلموا الفرائض وعلّموها الناس فإنّ امرؤ مقبوض وإن العلم سبقه مني بحتلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما .

وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعشى عن إبراهيم قال : قال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه : تعلموا الفرائض فإنها من دينكم ، وعن جرير عن عاصم الأحول عن مروق العجلي قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن ، وقال حدثنا أبو الأحوص أخبرنا أبو إسحاق عن أبي الأحوص عن عبد الله قال : من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله (ص) بابنتها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا وأن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان إلا ولهما مال ، قال فزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال : اعطى ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك ، رواه أحمد في مسنده .

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وإن سفل ولا مع أب)

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره ، والأصل في هذا قول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ ملك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد الآية) ، والمراد بذلك الإخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب بلا خلاف بين أهل العلم ،

ولأنه قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، وهذا حكم العصبية ، واقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد ، لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد : خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معهما ، بقى ما عداهما على ظاهره ، فيسقط ولد الابوين ذكرهم وأثامم بثلاثة : بالابن وابن الابن وان سفل وبالاب ، ويسقط ولد الاب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الابوين لما روى عن علي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ، ولأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلاء ، يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذى .

مسألة ، قال (ولا يرث أخ ولا اخت لأم مع ولد ، ذكر أو كان الولد أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد)

وجملة ذلك أن ولد الام ، ذكرهم وأثامم ، يسقطون بأربعة : بالولد وولد الابن والاب والجدة اب الاب وان علا ، أجمع على هذا أهل العلم فلأنهم أحد أمهم خالف هذا ، إلا رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لام ، الأم الثلث وللأخوين الثلث ، وقيل عنه لها ثلث الباقي ، وهذا بعيد جداً

قال ابن عباس : يسقط الإخوة كلهم بالجدة ، فكيف يرث ولد الام مع الاب ؟ ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجدة فكيف يرثون مع الاب ؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى . وان كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس . فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث (والمراد بهذه الآية الاخ والاخت من الام بإجماع أهل العلم . وفي قراءة سعد بن أبي وقاص : وله أخ أو أخت من أم . والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد ، فشرط في تورثهم عدم الولد والوالد ، والولد يشمل الذكر والأنثى ، والوالد يشمل الاب والجدة

(فصل) اختلف أهل العلم في الكلالة . فقيل الكلالة اسم للورثة ما عدا الوالدين والمولودين - نصر احمد على هذا - وروى عن أبي بكر الصديق

رضي الله عنه أنه قال : الكلالة من عدا الولد والوالد ، واحتج من ذهب الى هذا بقول الفرزدق في بني أمية :

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
واشتقاقه من الإكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه ، فكان الورثة ما عدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله ، كإحاطة الإكليل بالرأس ، فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل ، فإذا ذهب كان بقيه النسب كلالة . قال الشاعر :

فكيف بأطرافني اذا ما شمتني وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة . الكلالة اسم للميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد ، يروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود . وقيل الكلالة قرابة الام ، واحتجوا بقول الفرزدق الذي أنشدناه ، عني انكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم ، ويروى عن الزهري أنه قال : الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلاله ؛ والأيتان في سورة النساء : والمراد بالكلالة فيهما الميت ، ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها ، وقد دل على صحة ذلك قول جابر : يا رسول الله كيف الميراث ؟ انما يرثني كلاله ، لجعل الوارث هو الكلاله ، ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد ، وعمن ذهب الى أنه يشترط في الكلاله عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة والبصرة والكوفة : ويروى عن ابن عباس أنه قال : الكلالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر ، والصحيح عنهما كقول الجماعة

« مسأله ، قال (والاختوات مع البنات عصبة ، لمن ما فضل ، وليست لمن
ممن فريضة مسأله)

العصبة هو الوارث بغير تقدير ؛ واذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو كثر ، وان انفرد أخذ الكل ؛ وان استفرقت الفروض المال سقط ، والمراد بالاختوات ههنا الاختوات من الابوين أو من الاب لانه قد ذكر أن ولد الام

لاميراث لهم مع الولد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم ، وإليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس ومن تابعه فإنه يروى عنه أنه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبية : فقال في بنت وأخت : للبنت النصف ولا شيء للأخت ، فقيل له إن عمر قضى بخلاف ذلك ، جعل للأخت النصف ، فقال ابن عباس : أتم أعلم أم الله ؟ يريد قول الله سبحانه (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) وإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد ، والحق فيما ذهب إليه الجمهور ، فإن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت لأقضين فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، للبنت النصف وللبنت الابن السدس وما بقي فللأخت ، وأما البحاري وغيره ، واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب إليه ، بل يدل على أن الأخت لا يفرض لها النصف مع الولد ، ونحن نقول به ، فإن ما تأخذه مع البنت ليس بفرض ، وإنما هو بالتعصيب كيراث الأخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قول الله تعالى (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الأخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الإجماع ، ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضها وهو الثلث ، ولو كانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت الابن وكان للأخت الباقي وهو الثلث فإن كان معهم أم فلها السدس ويبقى للأخت السدس فإن كان بدل الأم زوج فالمسألة من اثني عشر للزوج الربع وللأخت الثلثان ويبقى للأخت نصف السدس فإن كان معهم أم عالت المسألة وسقطت الأخت .

مسألة ، قال (وبنت الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في إرثهن وحجبن لمن يحجبهن البنات وفي جعل الأخوات معهن عصبات وفي أنهن إذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك ، والأصل في ذلك قول الله عز وجل (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) وولد البنين أولاد قال الله تعالى (يابني آدم)

يخاطب بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم وقال (يا بني إسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي صلى الله عليه وسلم منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا ، وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد

« مسألة ، قال (فإن كن بنات وبنات ابن فلبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين)

أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين للثلثان إلا رواية شاذة عن ابن عباس أن فرضهما النصف بقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) ففهمه أن مادون الثلاث ليس لهما الثلثان ، والصحيح قول الجماعة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأخي سعد بن الربيع ، أعط ابنتي سعد الثلثين ، وقال لله تعالى في الأخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لأنها أقرب ، ولأن كل من يرث الواحد منهما النصف فللاثنين منهم الثلثان كالأخوات من الأبوين والأخوات من الأب ، وكل عدد يختلف فرض واحد من جماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة ، كولد الأم والأخوات من الأبوين أو من الأب ، فأما الثلاث من البنات فما زاد فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان ، وأنه ثابت بقول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك)

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين ، فقيل ثبت هذه الآية والتقدير : فإن كن نساء اثنتين وقرى صلة كقوله (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق ، وقد دل على هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخي سعد بن الربيع ، أعط ابنتي سعد الثلثين ، وهذا من النبي صلى الله عليه وسلم تفسير للآية وبيان لمعناها ، واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ، ويدل على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما ، وقيل بل ثبت بهذه السنة الثابتة ، وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه ، وقيل بل ثبت بالإجماع وقيل بالقياس ، وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبت . وأجمع أهل

العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن ما لم يكن يارثهن أو أسفل منهن ذكر يعصبن ، وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلات كن أو كثيرات ، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لمن شيء ولا يمكن أن يشارك بنات الصلب لأنهن دون درجتهم ، فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتين كأخيه أو ابن عمه أو أنزل منهن كابن أخيه أو ابن ابن عمه أو ابن ابن عمه عصبن في الباقي ، لجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي : وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن اتبعه ، فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض ، هذه إحداها من جعل الباقي للذكر دون أخواته ، وهو قول أبي ثور ، لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين : بدليل ما لو انفردن ، وتورثهن هنا بغضى إلى تورثهن أكثر من ذلك .

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات ، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ، ولأن كل ذكر وأنتى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يقتسموا الفاضل عنه كأولاد الصلب والأخوة مع الأخوات . وما ذكرناه فهو في الاستحقاق للفرض . فأما في مسائلنا فإنما يستحقون بالتصيب فكان معتبراً بأولاد الصلب والإخوة والأخوات ثم ، ويطلق ما ذكرناه بما إذا خلف أبنا وست بنات فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال ، وإن كن ثمانياً أخذن أربعة أخماسه ، وإن كن عشرة أخذن خمسة أسداسه ، وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن .

(فصل) وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال ، ويعصب من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن يكن ذوات فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه ، فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض

لا ذكر معهن وعصبة كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة ، فإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالmaal بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن فإن كان مع الثانية عصبتها وكان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة فإن كان مع الثالثة للعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة ، فإن كان مع الرابعة للعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة ، فإن كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الأولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين ، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك ، ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بنى الابن بعد استكمال الثلثين

مسألة ، قال (فإن كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلابنة الصلب النصف وبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكمة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقى للذكر مثل حظ الانثيين)

في هذه المسألة ثلاثة أحكام :

أحدها : أن البنت الواحدة النصف ، ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين ، لقول الله تعالى (وإن كانت واحدة فلها النصف) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بنت وبنت ابن وأخت أن للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقى فلأخت

الثاني . أنه إذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فللبنت النصف وبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكمة الثلثين ، وهذا أيضا مجمع عليه بين العلماء . والأصل فيه قول الله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف) ففرض للبنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه ، واختصت بنت الصلب بالنصف لأنه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة ، فيبقى للبقية تمام الثلثين ، ولهذا قال الفقهاء : لهن السدس تكمة الثلثين .

وقد روى هزيل بن شرحبيل الأودي قال : سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال : للبنت النصف — وما بقى فللأخت . فأتى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال . لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ، ولكن أفضى فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : للبنت النصف — ولابنة الابن السدس تركة الثلثين وما بقى فللأخت . فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال : لا تسألوني عن شيء . مادام الخبر فيكم ، متفق عليه بنحو من هذا المعنى .

الحكم الثالث : إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتين فإنه يعصبن فيما بقى للذكر مثل حظ الأنثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، إلا ابن مسعود فيمن تابعه فإنه خالف الصحابة فيها ، وهذه المسألة الثانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال : لبنات الابن الأضر بهن من المقاسمة أو السدس فإن كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل قاسم بهن . وبني ذلك على أصله في أن يست الابن لا يعصبا أخوها إذا استكمل البنات الثلثين ، إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كان أضر بهن ، وكان ينبغي أن يعطين السدس على كل حال .

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولأنه يقاسمها لو لم يكن غيرها فقامها مع بنت الصلب ، كما لو كانت المقاسمة أضر بهن ، وأصله الذي بنى عليه فاسد كما قدمنا .

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسألتين ، وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى الثلثين سقطت إذا لم يكن لها من يعصبا ، سواء كمل الثلثان لمن في درجة واحدة أو العليا أو التي تليها ، وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه ، وقد مثلنا ذلك في المسألة التي ذكرنا في آخر المسألة التي قبل هذه .

مسألة ، قال (والاختوات من الأب ينزلهن الاختوات من الأب والام) إذا لم يكن اختوات لاب وأم ، فإن كان اختوات لاب وأم واختوات لاب فللأختوات من الأب والام الثلثان وليس للأختوات من الأب شيء . إلا أن يكون معهن ذكر

فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين ، فان كانت أخت واحدة لاب وام وأخوات لاب فللأخت للأب والام النصف وللأخوات من الاب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكمة الثلثين الا أن يكون معن ذكر فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

وهذه الجملة كلها يجمع عليها بين علماء الامصار ، الا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الاب اذا استكمل الاخوات من الابوين الثلثين ، فانه جعل الباقي للذكر من ولد الاب دون الإناث ، فان كانت أخت واحدة من ابوين وأخوة وأخوات من أب جعل للإناث من ولد الاب الاضر بهن من المقاسمة أو السدس ، وجعل الباقي للذكور كفعله في ولد الابن مع البنات على ما مر تفصيله وشرحه ، وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما بقى عن اعادته . فأما فرض الثلثين للأختين فصاعداً والنصف للواحدة المفردة فثبت بقول الله تعالى (يستفتونك قال الله بفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد : فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب باجماع أهل العلم :

وروى جابر قال : قلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قال الله بفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك) ، رواه أبو داود ، وروى أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد أنزل الله في أخواتك ، فبين لهن الثلثين وما زاد على الأختين في حكمها لانه اذا كان للأختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعداً .

وأما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثلثين فلأن الله تعالى انما فرض للأخوات الثلثين ، فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للأخوات شيء يستحقه ولد الاب : فان كانت واحدة من الابوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضه للأخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للأخوات للأب ، ولذلك قال الفقهاء : لهن السدس تكمة الثلثين ، فان كان ولد الاب ذكوراً وإناثاً فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا أخوة رجالاً ونساء

فللذكر مثل حظ الأنثيين ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصاب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها والأخت من الأب لا يعصبها إلا أخوها ، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين وثم أخوات من أب وابن أخ لمن لم يكن للأخوات للأب شيء. وكان الباقي لابن الأخ ، لأن ابن الابن وإن نزل ابن وابن الأخ ليس بأخ

فصل

أربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ما ورثوا للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهم الابن وابن الابن وإن نزل ، والأخ من الأبوين والأخ من الأب ، وسائر العصبات بفرد الذكور بالميراث دون الإناث ، وهم بنو الأخ والأعمام وبنوهم . وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فهذه الآية تناولت الأولاد وأولاد الابن ، وقال تعالى (وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) فتناولت ولد الأبوين وولد الأب وإنما اشتركوا لأن الرجال والنساء كلهم وراث ، فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الأنثى على الذكر أو مساواتها إياه أو إسقاطه بالكلية ، فكانت المقاسمة أعدل وأولى ، وسائر العصابات ليس أخواتهم من أهل الميراث فانهن ليس بنوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع أخواتهن شيئاً ، وهذا لا خلاف فيه بحمد الله وحمته .

مسألة ، قال (وللأم الثلث إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولد ولا ولد ابن ، فإن كان له ولد أو أخوان أو أختان فليس لها إلا السدس)

وجملة ذلك أن للأم ثلاثة أحوال : حال ترث فيها الثلث بشرطين : أحدهما عدم الولد وولد الابن من الذكور والإناث . والثاني : عدم الإبن فصاعداً من الإخوة والأخوات من أي الجهات كانوا ذكورا أو إناثا ، أو ذكورا وإناثا فلها في هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم

الحال الثاني : لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كان للبيت ولد أو ولد ابن أو أختان من الإخوة والأخوات في قول جمهور الفقهاء .

وقال ابن عباس : لا يحجب الام عن الثلث الى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة ، وحكى ذلك عن معاذ ، لان الله تعالى قال (فإن كان له اخوة فلامه السدس) وأقل الجمع ثلاثة .

وروى أن ابن عباس قال لعثمان رضى الله عنه : ليس الاخوان اخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الام ؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به .

ولنا قول عثمان هذا فإنه يدل على أنه اجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ، ولأن كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين . كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب ، والاخوة تستعمل في الاثنين ، قال الله تعالى (فإن كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت : ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعا حقيقة ، ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف اليه بالدليل ، ولا فرق في حجبها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله : (فإن كانوا اخوة رجالا ونساء) فصرم بالرجال والنساء .

الحال الثالث : اذا كان زوج وأبوان أو امرأة وأبوان فلام ثلث الباقي بعد فرض الزوجين . وهذه باتى ذكرها ان شاء الله تعالى

مسألة . قال (وليس للاب مع الولد الذكر أو ولد الابن الا السدس ، فإن كن بنات كان له ما فضل)

يعنى والله أعلم كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس ، فيكون له ثلاثة أحوال . حال يرث فيها بالفرض ، وهى مع الابن أو ابن الابن ، وإن سفل فليس له الا السدس والباقي للابن ومن معه ، لا نعلم في هذا خلافاً ، وذلك لقول الله تعالى (ولا يورثه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد)

الحال الثانية : يرث فيها بالتعصيب المجرد وهى مع غير الولد فيأخذ المال ان انفرد ، وإن كان معه ذو فرض غير الولد ، كزوج أو أم أو جدة فلذى الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث)

فأصاف الميراث اليها ثم جعل للام الثلث فكان الباقي للاب ، ثم قال (فإن كان له إخوة فلامه السدس) لجعل للام مع الاخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث إلى الأبوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب

الحال الثالثة . يجتمع له الأمران : الفرض والتعصيب . وهي مع اثبات الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى (فلكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) ولهذا كان للاب السدس مع البنت بالإجماع ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب ، لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر ، متفق عليه ، والآب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كله فليس فيه بحمد الله اختلاف نعله

فصل

والجد كالأب في أحواله الثلاث وله حال رابع مع الإخوة يذكر في بابيه ، ويسقط بالأب لأنه يدل به فيسقط به كالأخوة ، وكذلك كل جد يسقط بإبنته لكونه يدل به ، وينقص الجد عن رتبة الأب في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الأب

، مسألة ، قال (وللزوج النصف إذا لم يكن ولد ، فإن كان لها ولد فله الربع وللرأة الربع واحدة كانت أو أربعا إذا لم يكن ولد : فإن كان له ولد فلهن الثمن)

وجه ذلك : أن الزوج والزوجة ذوا فرض لا يرثان بغيره وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها والربع مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج وولد ابنته ، والثمن مع الولد أو ولد الابن الواحد والأربع سواء بإجماع أهل العلم ، والأصل فيه قول الله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركن من بعد وصية توصون بها أو دين) وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع ومن أربع لأخذن جميع المال وزاد

فرضهن على فرض الزوج ، ومثل هذا في الجدات النجاسة مثل ما للواحدة لان الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لاخذن النصف فزدن على ميراث الجد ، فأما سائر أصحاب الفروض كالبنت وبنات الابن والاخوات المفترقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للثنتين على ما ذكر في موضعه ، وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتين لا فرض له إلا ولد الام فان ذكرهم وأنثاهم سواء لانهم يرثون بالرحم وقراءة الام المجردة .

« مسأله ، قال (وابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب وابن الاخ للاب أولى من ابن ابن الاخ للاب والام وابن الاخ وابن سفل إذا كان الاب أولى من العم وابن العم للاب أولى من ابن ابن العم للاب والام وابن العم وإن سفل أولى من عم الاب)

هذا في ميراث العصبه وهم الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله إذا لم يكن معهم ذو فرض فان كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل عن ميراثه كله وأولاهم بالميراث أقربهم ويسقط به من بعد لقول النبي (ص) ، « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » وأقربهم البنون ثم بنوهم وإن سفلوا يسقط قريتهم بعبدهم ثم الاب ثم آباؤه وإن علوا الأقرب منهم فالأقرب ، ثم بنو الاب وهم الاخوة للابوين أو للاب ، ثم بنوهم وإن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب ويسقط البعيد بالقريب سواء كان القريب من ولد الابوين أو من ولد الاب وحده ، فإن اجتمعوا في درجة واحدة فولد الابوين أولى لقوة قرابته بالام ، فلهذا قال ابن الاخ للاب ، والام أولى من ابن الاخ للاب لانها في درجة واحدة ، وابن الاخ للاب أولى من ابن ابن الاخ للاب والام ، لان ابن الاخ للاب أعلى درجة من ابن ابن الاخ للاب والام وعلى هذا أبداً ، ومهما بقي من بنى الاخ أحد وإن سفل فهو أولى من الغم لانه من ولد الاب والعم من ولد الجد فإذا انقرض الاخوة وبنوهم فالميراث للاعمام ثم بنينهم على هذا النسق ان استوت درجاتهم قدم من هو لابوين فان اختلفت قدم الاعلى وإن كان لاب ، ومهما بقي منهم أحد وإن سفل فهو أولى

من عم الأب لأن الأعمام من ولد الجد وأعمام الأب من ولد أب الجد فإذا
انقرضوا فالمراث لأعمام الأب على هذا النسق ثم لأعمام الجد ثم بنيتهم ، وعلى
هذا أبدا لا يرث بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم لما مر في
الحديث ، وهذا كله يجمع عليه بحمد الله ومنه

مسألة ، قال (وإذا كان زوج وأبوان أعطى الزوج النصف والام ثلث
ما بقى وما بقى فلاب ، وإذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والام
ثلث ما بقى وما بقى فلاب)

هاتان المسألتان بسميان العربيتين . لأن عمر رضى الله عنه قضى فيهما بهذا
القضاء فأنبئه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود . وروى ذلك عن علي
وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي رضى الله عنهم وأصحاب الرأي ، وجعل
ابن عباس ثلث المال كله للام في المسألتين لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم
الولد والإخوة وليس هنا ولد وإخوة . ويروى ذلك عن علي ، وروى ذلك عن
شريح في زوج وأبوين . وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين : وكقول
ابن عباس في امرأة وأبوين : وبه قال أبو ثور ، لأننا لو فرضنا للام ثلث المال
في زوج وأبوين لفضلناها على الأب ، ولا يجوز ذلك ، وفي مسألة المرأة
لا يؤدي الى ذلك .

وباحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه
الثلث) بقوله عليه السلام ، ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل
ذكر ، والأب هنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوى الفروض ، كما لو كان
مكانه جده ، والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته ، ولأن
الفريضة إذا جئت أبوين وإذا فرض كان للام ثلث الباقي ، كما لو كان معهم بنت
ومخالفة الأب الجد لأن الأب في درجتها والجد أعلى منها ، وما ذهب إليه ابن
سيرين تفرق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ، ثم إنه مع الزوج يأخذ
مثل ما أخذت الأم كذلك مع المرأة قياسا عليه

« مسألة ، قال (وإذا كان زوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأب وأم فللزوجة النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الأخوة من الأب والأم) »

هذه المسألة تسمى المشتركة وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين ، وإنما سميت المشتركة ، لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحمارية لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الأبوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم ويقال إن بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحمارية لذلك ، واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً فذهب أحمد رضي الله عنه فيها إلى أن للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الأخوة من الأبوين لأنهم عصبة وقد تم المال بالفروض ، ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر .

وروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثيين وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وإسحاق ، لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فإنهم جميعاً من ولد الأم وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدحم قريباً واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم : هب أن أباهم كان حماراً فما زادم ذلك إلا قريباً فشرك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياساً فقال فريضته جمعت ولد الأب والأم وولد الأم وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم وجب أن يرث ولد الأب والأم كما لو لم يكن فيها زوج .

وأما قول الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منها السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث)

ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منها السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر ، ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ، ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم ومائة من ولد الأبوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي لكل واحد عشر عشرة ، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز لاثنتين إسقاطهم ؟

وقولهم تساووا في قرابة الأم ، قلنا فلم يساووهم في الميراث في هذه المسألة ؟ وعلى أنا نقول إن ساووهم في قرابة الأم فقد ساووهم في كونهم عصبة من غير ذوى الفروض وهذا الذي ائترقوا فيه هو المقتضى لتقديم ولد الأم وتأخير ولد الأبوين فإن الشرع ورد بتقديم ذوى الفروض وتأخير العصبة ، ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين في القدر في المسألة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم ، وإن سقط ولد الأبوين كغيره ، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها أن الأخ يسقط وحده فترث أخته السبع ، لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فهلا عدوه حمارا وورثوها مع وجوده كيراثها مع عدمه ؟ وما ذكروه من القياس طردى لا معنى تحته .

قال الصبري القياس ما قال على ، والاستحسان ما قال عمر ، قال الحنفي وهذه وساطة ملبحة وعبارة صحيحة وهو كما قال إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فإنه وضع للشرع بالرأى من غير دليل ، ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض فكيف وهو في مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس ؟ ومن العجب ذهب الشافعي إليه هنا مع تخطئه الذاهبين إليه في غير هذا الموضع وقوله من استحسن فقد شرع . وموافقة الكتاب والسنة أولى

(فصل)

ولو كان مكان ولد الابوين عصبه من ولد الاب سقط قولا واحدا ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علنا ، لأنهم لم يساووا ولد الام في قرابة الام ولو كان مكانهم أخوات من أبوين أو من أب فرض لهن الثلثان ومالت المسألة الى عشرة في قول الجميع الا في قول ابن عباس ومن تابعه عن لا يرى العول فاتهم يردون النقص على الاخوات غير ولد الام ، فمقتضى قوله سقوط الاخوات من ولد الابوين كما لو كانوا اخوة وسنين أن الصواب خلاف ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل) اذا قيل امرأة خلفت أما وابني عم أحدهما زوج والاخر أخ من أم وثلاثة اخوة مفترقين فقل هذه المشتركة للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين من الأم الثلث وسقط الاخوات من الابوين والاب ومن شرك جعل للاخ من الابوين التسع ولكل واحد من الاخوين من الأم تسعا .

مسألة ، قال (واذا كان زوج وأم واخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم وأخوات لاب فللزوج النصف — وللأم السدس وللأخوة والأخوات من الأم الثلث بينهم بالتسوية وللأخت من الاب والأم النصف وللأخوات من الاب السدس)

أما التسوية بين ولد الأم فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية أخرى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولنا قول الله تعالى : وله أخ أو أخت فلكل واحد منها السدس) فيوزن بين الذكر والأنثى وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفصيل لبعضهم على بعض يقتضى التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به ، وأما الآية الأخرى فالمراد بها ولد الابوين وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللأثنين الثلثين وجعل للاخ يرث أخته الكل ثم هذا يجمع عليه ولا عبرة بقول شاذ وتورث ولد الأم هنا الثلث والأم السدس والزوج النصف تسمية لا خلاف فيها أيضا وقد اجتمع في هذه المسألة فروض يضيق المال عنها فإن النصف للزوج والنصف

للاخت من الأبوين يكمل المال بهما ويزيد ثلث ولد الأم وسدس الأم وسدس
 الأخت من الأب فتعول المسألة بثلاثها ، وأصلها من ستة أسهم فتعول إلى عشرة
 وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها ، شبهوا أصلها بالأم وعولها بهروخها وليس في
 الفرائض مسألة تقول بثلاثها سوى هذه وشبهها ولا بد في أم الفروخ من زوج
 واثنين فصاعدا من ولد الأم وأم أو جدة واثنين من ولد الأبوين أو الأب أو
 إحداهما من ولد الأبوين والآخرى من ولد الأب ، فتنى اجتماع فيها هذا عالت
 إلى عشرة ، ومعنى العول أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها كهذه المسألة فيدخل
 النقص عليهم كلهم ، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المنزل بين
 غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفاتهم ومال الميت بين أرباب الديون إذا لم يقفها
 والثالث بين أرباب الوصايا إذا عجز عنها ، وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم
 من العلماء رضى الله عنهم . يروى ذلك عن عمر وعلى والعباس وابن مسعود وزيد ،
 وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وأصحابه وإسحاق
 ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم إلا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها ،
 نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فإنهم قالوا
 لا تعول المسائل .

روى عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم : من شاء باهله أن المسائل
 لا تعول ، إن الذي أحصى رمل عاج عددا أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً
 وثلثاً ، هذان نصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث فسميت هذه المسألة المباهلة
 لذلك وهي أول مسألة عائلة حدثت في زمن عمر رضى الله عنه فجمع الصحابة
 للشورى فيها فقال العباس أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم فأخذ به عمر
 رضى الله عنه واتبه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس ، فروى الزهري عن
 عبد الله بن عبد الله بن عتبة قال : لقيت زفر بن أوس البصري فقال نمضي إلى
 عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال
 سبحان الذي أحصى رمل عاج عددا ثم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثاً ، ذهب
 النصفان بالمال فأين موضع الثلث ؟ وأيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من

آخر الله ما عالت فريضة أبدا فقال زفر فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله ؟ فقال الذي أهبطه من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه ، والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي فذلك الذي أخره الله فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض ؟ قال عمر ابن الخطاب فقلت ألا أشرت عليه ؟ فقال هبته وكان امرأ مهيبا .

قوله من أهبطه من فريضة إلى فريضة فذلك الذي قدمه الله ، يريد أن الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يحجب إلى فرض آخر لا ينقص منه ، وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقي يريد البنات والأخوات فإنهن يفرض لهن فإذا كان معهن اخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهن ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات .

ولنا أن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا ، ولأن الله تعالى فرض للاخت النصف — كما فرض للزوج النصف — وفرض للاختين الثلثين كما فرض للثلاث للاختين من الأم فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأى والتحكم ولم يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه في حجب الأم بأقل من ثلاثة من الأخوة ، وإن نقص الآخرين من الأم رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض إلى ما بقي ، وإن أعال المسألة رجع إلى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأمصار في القول بالمول بحمد الله ومنه .

(فصل) حصل خلاف ابن عباس للأصحاب في خمس مسائل اشهر قوله فيها أحدها : زوج وأبوان ، والثانية : امرأة وأبوان ، للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيها ، والثالثة أنه لا يحجب الأم الا بثلاثة من الأخوة ، الرابعة : لم يجعل الأخوات مع البنات عصبية ، الخامسة : أنه لا يعيل المسائل ، فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها : واشتهر عنه القول بها ، وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى .

ومسألة ، قال (وإذا كانا ابنا عم أحدهما أخ لأم فللأخ للأم السدس وما بقى بينهما نصفين)

هذا قول جمهور الفقهاء يروى عن عمر رضى الله عنه ما يدل على ذلك ويروى ذلك عن علي رضى الله عنه وزيد وابن عباس ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ، وقال ابن مسعود : المال للذى هو أخ من أم ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو ثور لأنهما استويا في قرابة الأب وفضله هذا بأم فصار كأخوين أو عمين أحدهما لابوين والآخر لأب ولأنه لو كان ابن عم أخوين وابن عم لأب كان ابن العم لابوين أولى فإذا كان قربة لكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الأم أولى .

ولنا أن الأخوة من الأم يفرض له بها إذا لم يرث بالتعصيب وهو إذا كان معه أخ من أبوين أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجع به كما لو كان أحدهما زوجا ، ويفارق الأخ من الأبوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فإنه لا يفرض له بقرابة أمه شيء فرجع به ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض

فصل

فإن كان معهما أخ لأب فللأب من الأم السدس والباقي للأب من الأب فإن كان معهما أب من أبوين فكذلك وإن كان ابن عم لابوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للأخ السدس والباقي للآخر ، وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم .

(فصل) فإن كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن فللبنت أو بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الأخوة من الأم بالبنت ولو كان الذى ليس بأخ ابن عم من أبوين أخذ الباقي كله كذلك ، وعلى قول ابن مسعود الباقي للأخ فى المسألتين بدليل أن الأخ من الأبوين يتقدم على الأخ من الأب بقرابة الأم فإن كان فى الفريضة بنت تحجب قرابة الأم .

وحكى عن سعيد بن جبير أن الباقي لابن العم الذى ليس بأخ ، وإن كان من أبي لانه يرث بالقرابتين ميراثا واحدا فإذا كان فى الفريضة من يحجب إحداها

سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل مسألة المشتركة .

وانما على ابن مسعود ان البنت تسقط الميراث بقرابة الأم ففي التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة الام ثم يرجع بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها ما يحجبها . وفي مسائلنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو أخ أخ من أب وبنت لحجبت البنت قرابة الأم ولم ترث بها شيئاً فكان للبنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث لكونه أخاً من ام السدس فاذا حجبت البنت مع الاخ من الاب وجب ان تحجب في كل حال لان الحجب بها لا بالاخ من الاب ، وما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم إذا كان زوجاً ومعه من يحجب بن العم ولا نسلم انه يرث ميراثاً واحداً بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج : وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث إلا ميراثاً واحداً فان قرابة الام لا ترث بها مفردة .

فصل في مسائل

فصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه إحداهن . والثانية في بنت وبنات ابن وابن ابن الباقي عنده لابن دون اخواته . الثالثة : في اخوات الابوين واخوات لاب الباقي عنده للاخ دون اخواته . والرابعة : بنت وابن ابن وبنات ابن عنده لبنات الابن الاضر بهن من السدس او المقاسمة . الخامسة : اخت لابوين واخ واخوات لاب الاخوات عنده الاضر بهن من ذلك . السادسة : كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم .

(فصل) ابن ابن عم هو اخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للاخ وسقط الآخر ، وان كان احدهما ابن اخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوى الارحام ، وان كان عمان (احدهما) خال لام لم يرجع بختولته وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان : احدهما : لا يرجع بها .

والثاني : يرجع بها على العم الذي هو من اب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة

والآخر ابن الجد لا غير ، وان كان العم الآخر من أبوين فاللأل بينهما لأن كل واحد منهما يدلى بجدة وهما ابنا الجد ، وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال ، فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم .

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج فللزوجة النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فإن كان الآخر أخاً من أم فللزوجة النصف وللأخ السدس والباقي بينهما ، أصلها من ستة للزوج أربعة وللأم اثنان ، وترجع بالاختصار إلى ثلاثة .

وعند ابن مسعود الباقي للأخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم ثلاثة بنى عم أحدهم زوج والآخر أخ من أم فللزوجة النصف وللأخ السدس والباقي بينهما على ثلاثة أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج النصف تسعة وللأخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والنسب وللأخ خمسة وهي السدس والنسب ، وللثالث التسع سهمان فإن كان الزوج ابن عم لأبوين فالباقي كله له وان كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقي بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس ، وابن مسعود في جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم .

(فصل)

أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثلث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم خمسة وللآخر سهم ولا خلاف في هذه المسألة فإن كانوا ثلاثة أخوة أحدهم ابن عم فالثلث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة ، وان كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما وتصح من تسعة .

(فصل) ثلاثة إخوة لام أحدهم ابن عم وثلاثة بنى عم أحدهم أخ لام فاضم واحداً من كل عدد إلى العدد الآخر يصير معك أربعة بنى عم وأربعة أخوة فهم ستة في العدد وفي الأحوال ثمانية ثم اجعل الثلث للأخوة على أربعة والثلثين على بنى العم على أربعة فتصح من اثني عشر لكل أخ مفرد سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لها النصف وللاربعة الباقي النصف وعلى قول عبد الله للأخوة الثلث والباقي لابني العم الذين هما أخوات والله أعلم .

باب أصول سهام الفرائض التي تعول

معنى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لأن الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة : النصف والربع واثنان والثلاثان والثلث والسدس ، ومخرج هذه الفروض مفردة خمسة لأن الثلث والثلاثين مخرجهما واحد والنصف من اثنين والثلث والثلاثان من ثلاثة والربع من أربعة والسدس من ستة واثنان من ثمانية والربع مع السدس أو الثلث أو الثلاثين من اثني عشر واثنان مع السدس أو الثلاثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة وهذه الفروض نوعان .

أحدهما : النصف ونصف ونصف نصفه .

والثاني : الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما ، وكل مسألة فيها فرض مفرد فاصلها من مخرجه ، وإن كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاصلها من مخرج أقلهما ، وإن كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسألة وفيها يكون العول لأن العول إنما يكون في مسألة تزدهم فيها الفروض ولا ينسع المال لها فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فاصلها من ستة لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلاثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرهما .

والمسائل على ثلاثة أضرب : عادلة وعائلة ورد ، فالعادلة : التي يستوى مالها وفروضها ، والعائلة : التي تزيد فروضها عن مالها ، والرد : التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصة فيها وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب بعون الله .

مسألة ، قال (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان فاصلها من ستة وتعول إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ولا تعول أكثر من ذلك)

أما إذا كان نصف وسدس فإن مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج

السدس وهو الستة فكان أصلهما جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلاث أو ثلثان فأصلهما من مخرج السدس لا يزيد عليه . وإن اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فإن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فاضرب أحد المخرجين في الآخر تكن ستة وبصير كل كسر بعدد مخرج الآخر ويدخل العول هذا الأصل لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولاً والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصاء الورثة .

وأمثله ذلك : زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة . ومنها تصح زوج وأم وأخوان من أم . بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث أخوات متفرقات وأخ من أم أو أم أو جدة . أبوان وبنتان بنت وأبوان . بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة ، العول زوج وأختان من أبوين أو من أب أو أحدهما من أبوين والآخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم أصلها من ستة وتعول إلى سبعة زوج وأخت وجدة أو أخ لام ، ست أخوات متفرقات وأم أخت لأب وأم وأخت لأب وأم وأخوان لأم . عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث سهمان تعول إلى ثمانية وهي مسألة المباهلة فإن كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً (عول تسعة) زوج وست أخوات متفرقات تعول إلى تسعة وتسمى الغراء : زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات تعول إلى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها لأنها عالت بثلاثها فشبهوا الأصل بالأم والعول بالفروخ .

ويروى أن رجلاً جاء إلى شريح فقال : إن إمراة ماتت ولم تترك ولداً فكم لي من ميراثها؟ قال لك النصف فمن خلفت؟ قال خلفت أمها وأختها من أبيها وأختها من أمها وأبا قال لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال ألا تعجبون من قاضيكم قال لي النصف فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً ، فقال له شريح ألا انك ترائي قاضياً ظالماً وأنا أراك رجلاً فاجراً تكتم القصة وتذيع الفاحشة .

ومنى عالت المسألة إلى تسعة أو إلى عشرة لم يكن الميت امرأة لأنها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسألة إلى أكثر من هذا ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا .

وطريق العمل في العول أن تأخذ الفروض من أصل المسألة وتضم بعضها إلى بعض فما بلغت السهام فأياه ينتهي فنقول في زوج وأم وست أخوات مفترقات للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم وللأختين الثلثان أربعة وللأختين من الأم الثلث سهان صارت عشرة .

« مسألة » قال (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان فأصلها من اثني عشر : وتقول إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر ولا تقول إلى أكثر من ذلك)

إنما كان أصلها من اثني عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فان كان مع الربع سدس فبين الستة والأربعة موافقة ، وإذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر ، ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين لانه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضا لغيرهما . وأمثلة ذلك : زوج أبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة وللأبوين السدسان يبقى خمسة لكل ابن سهم : زوج وابنتان وأخت وعصبة : امرأة وأختان للأبوين أو لاب أو أختان لام وعصبة : امرأة وأخوان لام وسبعة أخوة لاب ، العول زوج وابنتان وأم تقول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات : زوج وأبوان وابنتان تقول إلى خمسة عشر : امرأة وأختان من أب وأختان من أم : امرأة وأم وست أخوات مفترقات تقول إلى سبعة عشر : ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب تقول إلى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهن سهم وتسمى أم الأراامل ويعاها بها فيقال سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه . ولا يقول هذا الأصل إلى أكثر من هذا ، ولا يمكن أن يكمل هذا الأصل بفروض من غير عصبة ولا عول ، ولا يمكن أن تقول إلا على الأفراد لان فيها فرضا يبين سائر فروضها وهو الربع فانه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجا ، فالسدس اثنان والثلث أربعة والثلثان ثمانية والنصف ستة ، ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن المبت فيها إلا رجلا .

مسألة ، قال (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان فاصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين ولا تعول الى أكثر من ذلك)

انما كان كذلك لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم نقل ثمن وثلث لان الثلث لا يجتمع مع الثمن فإنه لا يكون الا للزوجة مع الولد ، ولا يكون الثلث في مسألة فيها ولد لانه لا يكون الا لولد الام والولد يسقطهم أو الام بشرط عدم الولد ومسائل ذلك : امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات ، امرأة وابنتان وأم وعصبة ، ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتا وأخت ، امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة ، العول امرأة وأبوان وابنتان تعول الى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها أقل الاصول عولا لم تعمل الا بشئها وتسمى المنبرية ، لان عليا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال ، صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته ، يعني أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت في هذا الاصل الا رجلا لان فيها ثمنا ولا يكون الا للمرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الاصل الى أكثر من هذا الا على قول ابن مسعود فإنه يحجب الزوجين والام بالولد والكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه ، فعلى قوله اذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللأخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون والام والمرأة السدس والثلث سبعة فتعول الى أحد وثلثين .

(فصول في تصحيح المسائل)

واذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسألة وعولها ان كانت عائلة الا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسألة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ منه تصح ، فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له ان كان واحدا ، وان كانوا جماعة قسمته عليهم ، وان شئت قلت

إذا كان الكسر على فريق واحد فلو أحدهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح أو وفقه أن كان وافق : مثال ذلك زوج وأم وثلاثة أخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم يبق للاخوة سهان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسألة تكن ثمانية عشر سهماً : للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم سهم في ثلاثة ثلاثة وللأخوة سهان في ثلاثة تكن ستة لكل واحد منهم سهان ، ولو كان الأخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف فردهم إلى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك في الأولى سواء ولكل واحد من الأخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم .

(فصل) وان كان الكسر على فريقين لم تخل من أربعة أقسام .

أحدها : أن يكون العددان متماثلين فيجزئك ضرب أحدهما في المسألة ، ومثال ذلك : زوج وثلاث جدات وثلاثة أخوة أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللجدات سهم وللأخوة سهان فتضرب أحد العددين في المسألة تكن ثمانية عشر ، وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الأخوة ستة وافقوا سهمهم بالنصف رجعوا إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء .

القسم الثاني : أن يكون العددان متماثلين وهو أن يكون أحدهما ينتسب إلى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه وثلاثة أو غير ذلك من الأجزاء فيجزئك ضرب العدد الأكثر منها في المسألة ، ومثاله ما لو كان الجدات في هذه المسألة سناً فان عدد الأخوات نصف عدد الجدات فاجتزى به عددهن واضربه في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح ، ولو كان عدد الأخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف ورجعوا إلى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا .

القسم الثالث : أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما الآخر ولا يناسبه ولا يوافقهما مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والأخوة ثلاثاً فانك تضرب عدد أحدهما في جميع الأجزاء فما بلغ ضربته في المسألة ومتى ضربته ههنا كان اثني عشر فاذا ضربته في المسألة كانت اثنين وسبعين ، وان وافق أحد العددين سهامه دون

الآخر أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا ، وإن وافقا
 جميعاً ساهما رددتها إلى وفقها وعملت في الوفقين عملك في العددين الأصليين .
 القسم الرابع : أن يكون العددان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك
 من الأجزاء فإنك ترد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الآخر فما بلغ
 ضربته في المسألة ، ومثاله أن تكون الإخوة تسعة والجداث ستاً فيتفقان بالثلث
 فتزد الجداث إلى ثلثين اثنين وتضربهما في عدد الإخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب
 ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح .

(فصل)

وإن كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرت فإن كانت متباعدة كثلث جداث
 وثلث بنات وثلثة أعمام ضربت أحدهما في المسألة فما بلغ فنه تصح المسألة ،
 ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم ، وإن كانت متناسبة كجدتين
 وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة
 تكن ستين ومنها تصح : وإن كانت متباعدة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسألة
 ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسألة تكن مائة
 وثمانين ، وإن كانت متوافقة كست جداث وتسع بنات وخمسة عشر عما ضربت
 وفق عدد منها في جميع الآخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه
 في جميع الثالث ثم اضرب ما معك في أصل المسألة فما بلغ فنه تصح ، وإن تماثل
 اثنان منها وبأينها الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث
 أو في وفقه ، وإن كان موافقا فما بلغ ضربته في المسألة ، وإن تناسب اثنان
 وبأينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه إن كان موافقا
 ثم في المسألة ، وإن توافق اثنان وبأينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع
 الآخر ثم في الثالث ، وإن تباين اثنان ووافقهما الثالث كأربعة أعمام وست
 جداث وتسع بنات أجزاءك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسألة
 ويسمى هذا الموقوف المقيد لأنك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا السنة
 ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد السنة إلى الاثنين أدخلت في الأربعة
 وأجزاءك ضرب الأربعة في التسعة ، ولو وقفت الأربعة رددت السنة إلى ثلاثة

ودخلت في التسعة وأجزاء ضرب الأربعة في التسعة ، فأما ان كانت الأعداد الثلاثة متوافقة فإنه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان .
أحدهما : ما ذكرناه من قبل وهو طريق الكوفيين .

والثاني : طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما الى وفقهما ثم تنظر في الوافقين فإن كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف . وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسألة ، ومثال ذلك عشر جداب واثناعشر عمأ وخمس عشرة بنتا فقف العشرة توافقها الاثناعشر بالنصف فترجع الى ستة وتوافقها الخمس عشرة بالاخماس فترجع الى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسألة تكن ثلثمائة وستين ، وإن وقفت الاثناعشر رجعت العشرة الى نصفها خمسة والخمس عشرة الى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة الى اثنين والاثناعشر الى أربعة ، ودخل الاثنان في الأربعة فتضربها في الخمس عشرة تكن ستين ثم في المسألة .

فصل . في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة (الطريق في ذلك أن تلتقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فإن قفى به فالعددان متناسبان وإن لم يقف به ولكن بقيت منه بقية ألقيتها من العدد الأقل فإن بقيت منه بقية ألقيتها من البقية الأولى ولا تزال كذلك تلتقي كل بقية من التي قبلها حتى يصل الى عدد يقف الملقى منه غير الواحد فأى بقية قفى بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء وتلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف ، وإن كانت ثلاثة فبالاثلث فإن كانت أربعة فبالارباع فإن كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فبجزء ذلك ، وإن بقى واحد فالعددان متباينان ، وما يدلك على تناسب العددين : أنك متى زدت على الأقل مثله أبدا ساوى الأكثر ومتى قسمت الأكثر على الأقل انقسم قسمته صحيحه ومتى نسبت الأقل الى الأكثر انتسب اليه بجزء واحد ولا يكون ذلك الا في النصف فما دونه .

(فصل في مسائل المناسحات) ومعناها أن يموت من ورثة الميت إنسان قبل قسم تركه الأول . فإذا وجد ذلك نظرت ، فإن كان ورثة الأول يرثون الثاني على حسب ميراثهم من الأول ، مثل أن يكونوا عصبة لها جميعاً ، وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل يسيرة ، كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ، ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة ، فإن للمرأة من الأول سهماً مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية ، فإذا كان كذلك فاقسم المسألة على ورثة الثاني ولا تنظر إلى الأول .

فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت . قسمت الميراث على الإثنين الباقيين والبنتين للذكر مثل حظ الأنثيين ولم ينظر في بقية المسائل ، فإن كان معهم من يرث من الأولى دون ما بقي كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ليست أما لهم فأنك تفرز لها الثمن وتقسم الباقي على ما ذكرنا ، وإن كانت أما لهم إلا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم تخلف وارثاً غيرهم قسمت الميراث كله على الباقيين للذكر مثل حظ الأنثيين : ولم ينظر في ميراثها لأنه قد صار اليهم . فإن لم يكونوا كذلك فأنك تقسم مسألة الأول ثم تنظر ما صار للميت الثاني فيها . فإن انقسم على مسأله فقد صحت المسألان عما صحت منه الأولى .

ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها وأخ . ماتت البنت وخلفت زوجها وبنتا وعمها ، فالمسألة الأولى من ثمانية : للمرأة سهم وللبنات أربعة ويبقى للأخ ثلاثة : ومسألة الميت الثانية من أربعة : لزوجها سهم ولابنتها سهمان ويبقى سهم للأخ الأول ، فنصار له من المسألتين أربعة أسهم وصحت المسألان من ثمانية ، وإن لم تنقسم سهام الميت الثاني على مسأله وافقت بين سهامه ومسأله ، فإن اتفقا وددت مسأله إلى وفقها ثم ضربته في المسألة الأولى فما بلغ فنه تصح المسألان ثم كل من له شيء من المسألة الأولى مضروب في وفق المسألة الثانية وكل من له شيء من المسألة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني ، مثال ذلك إذا خلفت البنت زوجها وابنتين فسألتهما من اثني عشر توأفتها سهامها بالربع فترجع إلى ثلاثة تضرب

في ثمانية تكن أربعة وعشرين للراة سهم من الأولى في ثلاثة وللأخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة وله من الثانية سهم في سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة في سهم وللأبتين ثمانية ، وان لم يوافق سهامه مسأله ضربت المسأله الثانية في الأولى ثم كل من له شيء من المسأله الأولى مضروب في الثانية ، ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني . فان مات ثالث عملت مسأله ونظرت سهامه مما صحت منه المسألان . فان اتقسم على مسأله صحت مما صحت منه الأوليان ، وان لم تصح وافقت بين مسأله وسهامه وضربت وفق سهام مسأله إن وافقت أو جميعها إن لم توافق فيها صحت منه الأوليان وعملت على ما ذكرنا . وكذلك تصنع في الرابع والخامس وما بعده

(فصل)

وان أردت قسمة المسألة على قراريط الدينار فانها في عرف أهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا ، فان كانت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقان : أحدهما أن تنظر ما تركب منه العدد فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد ، فانسب أحد العددين الى أربعة وعشرين ان كان أقل منها : وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط ، وان كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيبه . مثال ذلك ستائة أردت قسمتها فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين الى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلاثها فخذ نصف الثلاثين وثلاثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط ، وان قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم ويربع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا .

والثاني أن تنظر عددا إذا ضربته في الأربعة والعشرين ساوى المقسوم أو قاربه ، فاذا بقيت منه بقيه ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذي ضربته اليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضمها الى العدد فيكون ذلك سهم القيراط . مثاله في مسألتنا أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكن أربعمائة وثمانين ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكن مائة

وعشرين وتضم الخمسة الى العشرين فيكون ذلك سهام القيراط ، فإذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له اسهم فاعطه بكل سهام من سهم القيراط قيراطا ، فإن بقي له من السهام مالا يبلغ قيراطا فانسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة ، فإن كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ، ثم كل من له سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط ، وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها . مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الأم وخلفت أما وزوجا وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم ، فالأولى من خمسة عشر ، والثانية من عشرين فتضرب وفق إحداهما في الأخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة وربع فابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فمده سهام القيراط : فلبنت من الأولى أربعة في عشرة تكن أربعين فلها بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللاب من الأولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط وابسط السهم الباقي أرباعا تكن أربعة أخماس خمس وزوج الأولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولأم الثانية سهران ابسطهما أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط ، وكذلك لكل أخت من أم ، وللأختين من الأب مثل ذلك ، وللأختين من الأبوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس .

(فصل في قسمة التركات) ان أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسألة ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبة فحسن . ومثال ذلك : زوج وأبوان وابنتان والتركه أربعون ديناراً فللزوجة ثلاثة وهي خمس المسألة فله خمس التركة وهي ثمانية دنانير ولكل واحد من الأبوين ثلثا خمس المسألة فله ثلثا الثمانية ولكل واحد من البنين مثل ما للأبوين كليهما ، وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة وقسمت ذلك على المسألة فما خرج فهو نصيبه ، وإن شئت قسمت التركة على المسألة ثم ضربت الخارج بالقسم في سهام كل وارث فما بلغ فهو له : وإذا كانت

المسألة - عدداً أصح - عملت بإحدى هاتين الطريقتين . وإن كان في السهام كسر بسطتها من جنسه على ما ذكرنا في القسم على قراريط الدينار . ولك في قسم التركة في مسائل المناسخت أن تقسم التركة أو القراريط على المسألة الأولى فما حصل للبيت الثاني قسمته على مسألة ثم تفعل بالثالث والرابع وما بعدهما كذلك ، وإذا كان بين المسألة والتركه موافقه فخذ وفقيهما واعمل بهما ما ذكرنا .

(فصل)

وإذا كانت التركة سهاماً من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صححت منه المسئلة فما بلغ فهو سهام العقار ، واضرب سهام كل وارث من أصل المسئلة في السهام الموروثة من العقار واضرب سهام الشركاء في أصل مسئلة الورثة . ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركه ربع وسدس دار ، المسئلة من ثمانية وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها في الثمانية تكن ستة وتسعين ، فللزوج ثلاثة من مسئلة مضروبه في السهام الموروثة وهي خمسة تكن خمسة عشر وللأخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمانية وربع ثمنها وللأم سهمان في خمسة تكن عشرة وهي نصف سدس الدار وثلث سدسها ، وإن شئت قلت هي نصف ثمنها وثلث ثمنها ، وإن شئت بسطت الربع والسدس من قراريط الدينار وهي عشرة وقسمتها على المسئلة فلام ربعها وهي قيراطان ونصف وللأخت ثلاثة أثمانها وهي ثلاثة قراريط وثلاثة أرباع قيراط وكذلك الزوج

مسألة ، قال (ويد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم إلا الزوج والزوجه)

وجملة ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثاً إلا ذوى فروض ولا يستوعب المال كالبنت والاختوات والجندات ، فإن الفاضل عن ذوى الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجه . روى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم . وحكى ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه . قال ابن سراقه وعليه العمل اليوم في الأمصار إلا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب

مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذى سهم ، وروى ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجد مع ذى سهم . والذي ذكره الخرقى أظهر في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد لانهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيها بتفرع عليها ولأن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضا . فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم إلا أنه روى عن عثمان رضى الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبية أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث ، وسبب ذلك ان شاء الله أن أهل الرد كلهم من ذوى الارحام فيدخلون في عموم قول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) والزوجان خارجان من ذلك ، وذهب زيد ابن ثابت الى أن الفاضل عن ذوى الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضى الله عنهم لان الله تعالى قال في الأخت (فلها نصف ما ترك) ومن رد عليها جعل لها الكل ولانها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج .

ولنا قول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وهؤلاء من ذوى الارحام وقد ترجحوا بالقرب الى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين ، وذو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا فلو رثته ومن ترك كلا فإلى ، وفي لفظ : من ترك ديناً فإلى ومن ترك مالا فللوارث ، متفق عليه وهذا عام في جميع المال ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : نحرز المرأة ثلاثة موارث : لقيطها وعتيقها والولد الذي لاعنت عليه ، أخرجه ابن ماجه لجعل لها ميراث ولدها المتني بالعمان كله خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوى الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولانها من ورائه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كمصباته فأما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا ينبغي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) لا ينبغي أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بحجة التعصيب .

وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى، وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوى الفروض إذا كانت معتقة كذا هنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوى الأرحام.

مسألة، قال (وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وأخت لأم فلاخت للأب والأم النصف وللأخت للأب السدس وللأخت للأم السدس وما بقي يرد عليهن على قدر سهامهن)

فصار المال بينهن على خمسة أسهم للاخت للأب والأم ثلاثة أحناس المال وللأخت للأب الخمس وللأخت للأم الخمس: طريق العمل في الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم وهي أبداً تخرج من ستة إذ ليس في الفروض كلها مالا يؤخذ في الستة إلا الربع والنمى وليس لغير الزوجين وليسا من أهل الرد ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم كما صارت السهام في المسألة العائلة هي المسألة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه فكذا هنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لأن ذلك صار أصل مسألتهم.

ويتحصر في ذلك أربعة أصول أولها أصل اثنتين كجدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فإن كان الجدات ثلاثاً فلهن سهم لا ينقسم عليهن اضرب عددهن في أصل المسألة وهو اثنان تصير ستة للأخ من الأم النصف ثلاثة ولكل واحد منهما سهم أصل ثلاثة أم وأخ من أم وأم وإخوان لأم فإن كانوا ثلاثة ضربت عددهم في أصل مسألتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاثة جدات وأربعة إخوة من أم للاخوة سهمان يوافقهم بالنصف يرجع عددهم إلى اثنتين تضربها في عدد الجدات ثم في أصل المسألة صارت ثمانية عشر ومنها تصح.

أصل أربعة أخت لأبوين وأخت لأب أو أم أو أخ لأم أو جدة، بنت وأم أو جدة بنت وبنت ابن، فإن كان بنات الابن أربعاً ضربتهن في أصل المسألة وهي أربعة صارت ستة عشر ومنها تصح، أصل خمسة ثلاث أخوات مفترقات

للاخت من الاب والام النصف وللأخت من الاب السدس وللأخت من الام السدس ، وهذه مسألة الخرقى ، ام وأخت لا يوين او لا تب ام وأخت لا يوين وأخت لا تب او لام ، ولا تزيد مسائل الرد أبداً على هذا لأنها لو زادت سبها لكمل المال ولم يبق شيء منه يرد ، ثلاث جدات وبنت واربع بنات ابن أصلها من خمسة وتصح من ستين ، ومتى كان الرد على حيز واحد فله جميع المال بالفرض والرد كأنه عصبه فإن كان شخصاً واحداً فالمال له ، وان كان جماعة قسمته عليهم على عددهم كالبنين والاختوة .

(فصل)

فإن كان معهم احد الزوجين اعطينه فرضه من اصل مسأله وقسمت الباقي من مسأله على فريضة اهل الرد فإن انقسمت المسألتان ولا يتفق هذا إلا ان يكون للزوج امرأة لها الربع ، ومسأله اهل الرد من ثلاثة كإمرأة وام واخ لام او ام واخوين لام او جدة واخوين لام فللرأة الربع من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة اهل الرد وهي ثلاثة فتصح عليها ، ويصح الجميع من أربعة فإن انكسر على عدد منه ضربته في أربعة كأربع زوجات وام واخ لام تصح من ستة عشر ، وإن لم ينقسم فأصل مسألة الزوج على فريضة اهل الرد لم يمكن ان يوافقها ايضاً فأضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فإليه تنتقل المسأله فاذا اردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهامه من مسأله مضروبه في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحداً وان كانوا جماعة قسمته عليهم فإن لم ينقسم ضربته او وفقه فيما انتقلت اليه المسأله وتصح على ما مضى في باب التصحيح . وهذا ينحصر في اصول خمسة

أحدها : زوج وجدة واخ لام . للزوج النصف وأصل مسأله من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الاصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فاذا كان أكثر من جدة واحدة فأضرب عددهن في أربعة فما بلغ فله تصح .

.. الاصل الثاني : زوجة وجدة واخ لام مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل إلى ثمانية ولا يكون الكسر الا على الجدات ايضاً .

والأصل الثالث : زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل الى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لأبوين وأخت لأب أو أخت لأم أو جد أو جدة ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة .

الأصل الرابع : زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اثنين وثلاثين .

الأصل الخامس : زوجة وبنتان وأم ، مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى أربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة ، أخت من أبوين وأخت أو أخوات من أب وأخت من أم أو أم أو جدة ، أختان من أبوين أو من أب وأم أو جدة وأخ من أم وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما اتفقت إليه المسألة .

ومثال ذلك أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتاً وأربع عشرة جدة مسألة الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين : للزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسة سبعة على أربعة عشر توافق بالأسباع فيرجعن الى اثنين ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافقن بالأسباع فيرجعن الى ثلاث والاثنان ثم تدخلان في عدد الزوجات فتضرب ثلاثاً في أربع تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربعاً وثمانين ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبة ولا تنتقل المسألة وان كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الأخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبة فإن انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة الزوج .

باب الجدات

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (وللجدة إذا لم تكن أم : السدس) قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم يكن للبيت أم ، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس : أنها بمنزلة الأم ، لأنها تدلى بها فقامت مقامها كالجد يقوم مقام الأب .

ولنا ما روى قبيصة بن ذؤيب قال : جاءت الجدات إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال : مالك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا . ولكن ارجعي حتى أسأل الناس . فقال المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس : فقال : هل معك غيرك فشهد له محمد بن مسلمة ، فأَمْضاهما أبو بكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الأخرى فقال : مالك في كتاب الله شيء . فما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك ، وما أنا بزايدة في الفرائض شيئا ، ولكن هو ذاك السدس ، فإن اجتمعتما فهو لكما وأنتكما خلت به فهو لها ، رواه مالك في موطئه وأبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات .

وقد روى ابن بريدة عن أبيه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، رواه أبو داود ، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا ، ولأن الجدة تدل بالأم فسقطت بها ، كسقوط الجد بالأب وابن الابن به ، فأما أم الأب فإنها أيضا إنما ترث ميراث أم ، لأنها أم ، ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهة ما ورثت مع وجوده .

مسألة : قال (وكذلك إن كثرن لم يزدن على السدس فرضا)

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وإن كثرن وذلك لما روينا من الخبر وأن عمر شرك بينهما ، وقد روى نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد ثنا سفيان وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال : جاءت الجدتان إلى أبي بكر رضي الله عنه ، فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب ، فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة ، وكان شهد بدرأ : يا خليفة رسول الله أعطيت التي إن ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها ؛ فجعل أبو بكر السدس بينهما ، ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات ، وقول الحرقى : لم يزدن على السدس فرضا ، يريد به التحرز من زيادتهن بالرد ، فانهن يأخذن في الرد زيادة على السدس على ما قد مضى ذكره .

(فصل)

ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الأم وأم الأب ؛ وكذلك ان علنا وكاتنا في القرب سواء كأم أم أم وأم أم أب إلا ما حكى عن داود انه لا يورث أم أم الأب شيئا لانه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر . ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى ثلاث جدات ، ومن ضرورته ان يكون فيهن أم أم الأب او من هي اعلى منها ، وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ، ثم هو باطل بأم الأم فانها ترثه ولا يرثها ، وقوله . ليست مذكورة في الخبر ، قلنا : وكذلك أم أم الأم ، واختلفوا في توريث ما زاد عليهما فذهب ابو عبد الله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن .

وروى ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضی الله عنهم ، وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة ، وبه قال الاوزاعي واسحاق . وروى عن سعد ابن ابي وقاص ما يدل على انه لا يورث اكثر من جدتين .

وحكى ذلك عن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن ابي ذئب وابي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم .

وحكى عن الزهري انه قال ، لا نعلم ورث في الإسلام الا جدتين ، وحكى عن سعد بن ابي وقاص ، انه اوتر بركعة فعابه ابن مسعود فقال سعد : اتعيني وانت تورث ثلاث جدات ؟ .

وروى عن ابن عباس ، انه ورث الجدات وان كثرن اذا كن في درجة واحدة الا من ادلت بأب غير وارث كأم أب الأم ، قال ابن سراقه ، وبهذا قال عامة الصحابة الا شاذاً ، واليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وابو حنيفة واصحابه وهو رواية المزي عن الشافعي رضي الله عنه ، وهو ظاهر كلام المحرق فانه سمي ثلاث جدات متحاذيات ثم قال : وان كثرن فعلى ذلك ، واحتجوا بأن الزائدة جدة ادلت بوارث فوجب ان ترث كأحد الثلاث . ولنا ما روى سعيد عن ابن عيينه عن منصور عن ابراهيم ، ان النبي (ص) ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم ، واخرجه أبو عبيد والدارقطني .

وروى سعيد أيضا عن إبراهيم أنه قال ، كانوا يرثون من الجدات ثلاثا ، ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم ، وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن : وإذا ثبت هذا فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجاتها وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجاتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد . ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء . وهؤلاء الجدات المختلف فيهن ، وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث وهي كل جدة أدلت بأب بين أمين كام أبي الأم إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ، ترث ، وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلًا وليس بصحيح فإنها تدلى بغير وارث فلم ترث كالأجانب .

وأمثلة ذلك : أم أم وأم أب السدس بينهما إجماع . أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم : السدس للثلاث الأول إلا عند مالك وموافقه فإنه للأولين وعند داود هو للأولى وحدها . ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس وموافقه أم أم أم أم وأم أم أم أب وأم أبي أم ، وأم أبي أبي أب وأم أم أبي أم وأم أبي أم أم وأم أبي أم : السدس ، للأولى عند داود وللأولين عند مالك وموافقه ، وللثلاث الأول عند أحمد وموافقه ، وللأربع الأول عند أبي حنيفة وموافقه ، وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة ، وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة ولا من قبل الأب إلا اثنتان وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقه ، فإنه كلما علون درجة زاد في عددهن من قبل الأب واحدة

، مسألة ، قال (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن)

أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم فالميراث لها وتوجب البعدى في قول عامتهم ، إلا ما روى عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما . وعن ابن مسعود : إن كانتا من جهتين فهما سواء ، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى ، يعنى به إن الجدتين من قبل الأب إذا كانت

إحداهما أم الأب والآخرى أم الجد سقطت أم الجد بأم الأب وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب ، فأما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم ؟ فمن أحمد فيها روايتان

إحداهما : أنها تحجبها ويكون الميراث للقربى . وهذا قول على عليه السلام وإحدى الروايتين عن زيد ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل العراق ، وهو قول الشافعى . والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما : وهى الرواية الثابتة عن زيد . وبه قال مالك والأوزاعى ، وهو القول الثانى للشافعى رضى الله عنه لأن الأب الذى تدلى به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم ، قالتى تدلى به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الأم فإنها تدلى بالأم وهى تحجب جميع الجدات .

ولنا أنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتى من قبل الأم ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثا واحداً من جهة واحدة ، فإذا اجتمعن فالميراث لا قريهن كالأباء والأبناء والأخوة والبنات . وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم . وقولهم إن الأب لا يسقطها . قلنا لأنهن لا يرثن ميراثه إنما يرثن ميراث الأمهات لكونهن أمهات ولذلك أسقطنهن الأم والله أعلم

مسائل من ذلك : أم أم وأم أم أب . المال للأولى إلا فى قول ابن مسعود هو بينهما . أم أب وأم أم أم المال للأولى فى قول الحرقى . وفى الرواية الأخرى هو بينهما . أم أب وأم أم وأم جد : المال للأولين فى قول الجميع إلا فى قول شريك وموافقيه هو بينهما . أم أب وأم أم وأم أم وأم أبى أب : هو للأولين فى قول الجميع

(فصل) إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى ، فقياس قول أبى عبد الله أن السدس بينهما أثلاثاً ، لذات القرابتين ثلثاه وللأخرى ثلثه . كذلك قال أبو الحسن التميمى وأبو عبد الله العرقى ، ولعلمهما أخذاً ذلك من قوله فى توريث المجوس بجميع قراباتهم . وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح وعبد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك . وقال الثورى والشافعى رضى الله عنه وأبو يوسف : السدس بينهما نصفان ، وهو قياس قول مالك ، لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعاً كالأخ من الأب والأم

ولنا أنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منها منفردة ولا يرجع بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما ، كإن العم إذا كان أخا أو زوجا ، وفارق الأخ من الأبوين فإنه يرجع بقرابته على الأخ من الأب ، ولا يجمع بين التجميع بالقرابة الزائدة والتوريث بها ، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر . وهنا قد انتفى التجميع فثبت التوريث . وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لها ولد فتكون المرأة أم أمه وهي له أم أبي أبيه ، وإن تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أمه وأم أم أبيه ، وإن أدات الجدة بثلاث جهات ترث بهن لم يمكن أن يجمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث

، مسألة ، قال (والجدة ترث وابنها حي)

وجعلته أن الجدة من قبل الأب إذا كان ابنها حيا وارثا ، فإن عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران بن الحصين وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبري وإسحاق وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل رضي الله عنه ، وقال زيد بن ثابت لا ترث : وروى ذلك عن عثمان وعلى رضي الله عنهما ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبدالعزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عما أو عم أب لأنها لا تدلى به ، واحتج من أسقطها بأبيها بأنها تدلى به فلا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال ، أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس : أم أب مع ابنها وابنها حي ، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه ، أول جدة أطعمت السدس : أم أب مع ابنها ، وقال ابن سيرين ، أول جدة أطعمها رسول الله (ص) السدس أم أب مع ابنها ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب فلا يحجب به كأمهات الأم (مسائل ذلك) أم أب وأب لها السدس والباقي له ، وعلى القول الآخر . الكل له

دونها ، أم أم وأم أب وأب : السدس بينهما على القول الاول ، وعلى الثاني السدس لام الأم والباقي للاب . وقيل لام الأم نصف السدس والباقي للاب ، لان الاب لو عدم لم يكن لام الأم الا نصف السدس ، فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه ، والاول أصح . لان الاخوة مع الابوين يحجبون الأم عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه ، بل يتوفر ذلك على الاب كذا هنا . ثلاث جدات متحازيات وأب : السدس بينهما على القول الاول . ولأم الأم على القول الثاني وعلى الثالث لام الأم ثلث السدس والباقي للاب ، وإن كان مع المتحازيات جدات لم يحجب إلا أمه ^(١) أب وأم أب وأم أم أم : على قول الحنفى السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنها سقط أم الاب ، ثم اختلف القائلون بذلك . فقيل السدس كله لام أم الأم . لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة وقيل : بل لها نصف السدس على قول زيد لانه يورث البعدى من جهة الأم مع القربى من جهة الاب ، فكان لها نصف السدس . وقيل لاشيء لها لانها انحجبت بأم الاب ثم انحجبت أم الاب بالاب فصار المال كله للاب .

ومسأله ، قال (والجدات المتحازيات ان تكون أم أم أم وأم أم أب وأم أبى اب وان كثرن ، فعلى ذلك)

يعنى بالمتحازيات المتساويات فى الدرجة بحيث لا تكون واحدة اعلى من الاخرى ولا انزل منها ، لان الجدات إنما يرثن كلهن إذا كن فى درجة واحدة ومتى كان بعضهن اقرب من بعض فالميراث لاقربهن ، فإذا قيل ترك جدتين وارثتين على اقرب المنازل فهما أم أم وأم أبى . وان قيل ترك ثلاثا فهن كما قال الحنفى أم أم أم وأم أم أب وأم أبى اب ، واحدة من قبل الأم واثنان من قبل الاب ، وهما أم أم وأم أبى كما جاء الحديث ، وفى درجتين اخرى من قبل الأم غير وارثة وهى أم أبى الأم ، ولا يرث ابداً من قبل الأم الا واحدة وهى التى كل نسبها أمهات لا أب فيهن ، فاحفظ ذلك

(١) وفى نسخة جد لم يرثه إلا أمه

فإن قيل ترك أربعاً فهن : أم أم أم وأم أم أم أب وأم أم أبي أب وأم
 أبي أبي أب ، وفي درجتهم أربع غير وارثات ، وقد ذكرناهن فيما تقدم ، إلا أن
 مذهب أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الأول : ويحتمل قول
 الحرقى توريشن وإن كثرن ، فعلى هذا القول كلما زاد درجة زادت جدة ، ويرث
 في الدرجة الخامسة خمس ، وفي السادسة ست ، وفي السابعة سبع وعلى هذا أبداً .
 وقول الحرقى : وإن كثرن فعلى ذلك ، يحتمل أنه ذهب إلى توريث الجدات على
 هذا الوجه وإن كثرن ، ويحتمل أنه أراد وإن كثرن فلا يرث إلا هؤلاء الثلاث ،
 فعلى هذا القول لا يرث أكثر من ثلاث : واحدة من قبل الأم واثنان من قبل
 الأب وهما أم أم وأم أبيه وأمهاتهما ، ولا يرث جدة في نسبها أب بين أمين ولا
 ثلاثة آباء ، وإن أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للبيت في
 الدرجة الأولى جدتين : أم أم وأم أبيه ، وفي الثانية أربع ، لأن لكل واحد من
 أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة إليه . وفي الثالثة ثمان ، لأن لكل واحد من أبويه
 أربعاً على هذا الوجه فيكون لولدهما ثمان . وعلى هذا كلما علون درجة تضاعف
 عددهن ولا يرث منهن إلا ثلاث والله أعلم

(باب من يرث من الرجال والنساء)

مسألة ، قال (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وإن سفل ، والأب
 ثم الجد وإن علا والاخت ثم ابن الاخت والعم ثم ابن العم والزوج ومولى النعمة ومن
 النساء البنت وبنت الابن والأم والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة)

فهؤلاء يجمع على توريشهم . وأكثرهم ثبت توريثه بالكتاب والسنة فالابن
 ثبت ميراثه بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وابن
 الابن والأبوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (ولا يورث لكل واحد منها السدس)
 والجد يحتمل أن يتناوله قوله تعالى (ولا يورث) كما دخل ابن الابن في عموم أولادكم ،
 والاخت والاخت من الأم ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد

منها السدس) وولد الأبوين والأب ثبت إرثه بقوله تعالى وهو يرثها إن لم يكن لها ولد . وأما ابن الأخ للأبوين أو للأب والعم وابنه وعم الأب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي صلى الله عليه وسلم : ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر ، ولم يدخل فيهم ولد الأم ولا العم للأم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الأم لأنهم ليسوا من العصبات ، وأما المولى المعتق والمولاة فثبت إرثهما بقوله عليه السلام : الولاء لمن أعتق ، والجدة أطعهما النبي صلى الله عليه وسلم السدس ، والزوج ثبت إرثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة ثبت بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم) .

فصل : جميعهم ضربان ذو فرض وعصبة ، فالذكور كلهم عصبات إلا الزوج والأخ من الأم وإلا الأب والجدة مع الابن ، والإناث كلهن إذا انفردن عن أخوتهن ذوات فرض إلا المولاة المعتقة وإلا الأخوات مع البنات ، وعدد العصبات الابن وابنه وإن نزل ، والأب وأبوه وإن علا ، والأخ من الأبوين والأخ من الأب وابناها وإن نزل ، والعمان كذلك وابنائهما وإن نزل ، وعمما الأب وابنائهما كذلك أبدأ ومولى النعمة ، وعدد الإناث : البنات وبنات الابن والأم والجدة من الجهتين وإن علت : والأخوات من الجهات الثلاث والأخ من الأم والزوج والزوجة : ومن لا يسقط بحال خمسة : الزوجان والأبوان وولد الصلب لأنهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت بحجبتهم . ومن سواهم من الوراثة إنما يمت بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه .

(باب ميراث الجد)

روى أبو داود بإسناده عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين : أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أن ابن ابني مات فمالى من ميراثه ؟ قال : لك السدس ، فلما أدبر دعاه فقال : إن لك سدسا آخر ، فلما أدبر دعاه فقال : إن لك السدس الآخر طعمة ، قال قتادة : فلا ندرى أى شيء ورثه ، قال قتادة : أقل شيء ورث الجد السدس ، وروى عن الحسن أيضا أن عمر رضى الله عنه قال : أبكم يعلم ما ورث رسول الله صلى الله عليه وسلم الجد ؟ فقال معقل بن يسار أنا ، ورثه

رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس قال مع من ؟ قال لا أدري قال : لا أدري
قال فما يغني إذا ؟ ، رواه سعيد في سننه .

قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن الجد أبا الأب لا يحجب عن الميراث غير الأب وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الأب في جميع المواضع الا في ثلاثة أشياء .

أحدها . زوج وأبوان ، والثانية : زوجة وأبوان للأم ثلث الباقي فيهما مع الأب وثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد ، والثالثة . اختلفوا في الجد مع الاخوة والاخوات للأبوين أو للأبن ، ولا خلاف بينهم في إسقاطه بنى الاخوة وولد الأم ذكراً وأنثى . وذهب الصديق رضي الله عنه الى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب ، وبذلك قال عبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير . وروى ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم ، وحكى أيضاً عن عمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وأبي الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر .

وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم يورثونهم معه ولا يحجبونهم به ، وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ، ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون الابن أو اجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون ، ولأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فإن الاخ والجد يدلان بالأب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى فإن الابن يسقط تعصيب الأب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصناً فانفرد منه غصنان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى أصل الشجرة ، ومثله زيد بواذ خرج منه نهر انفرد منه جدولان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى الوادي ، واحتج من ذهب بمذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي (ص) : الحقوا الفرائض بأهلها ، وما بقي فلأولى عصبة ذكر ، والجد أولى من الاخ

بدليل المعنى والحكم ، أما المعنى فإنه له قرابة أيلاد وبعضية كالأب ، وأما الحكم فإن الفروض إذا ازدحت سقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الأب ، والأخوة والأخوات يسقطون بثلاثة ، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالأب ، وهم بشفردون بواحد منهما ، ويسقط ولد الأم وولد الأب يسقطون بهم بالاجتماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبية ، وكذلك ولد الابوين في المشرقة عند الأكثرين ، ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله ويجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته إليه كالأب سواء ، فدل ذلك على قوته ، فإن قيل فالحديث حجة في تقديم الأخوات لأن فروضهن في كتاب الله فيجب أن تلحق بهن فروضهن ، ويكون للأجد ما بقي .

فالجواب : أن هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الإناث ، أو نقول هو حجة في الجميع ولا فرض لولد الأب مع الجد لأنهم كلاله والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذا فرض ، حجة أخرى : قالوا الجد أب فيجب ولد الأب كالأب الحقيقي ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أبيكم إبراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب) وقوله : كما أنما على أبيك من قبل إبراهيم وإسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : أرموا بني إسماعيل ، فإن أباكم كان راميا ، وقال : سام أبو العرب ، وحام أبو الحبش ، وقال : نحن بني النضر بن كنانة ، لا نقفوا أمنا ولا تنفي من أيننا ، وقال الشاعر :

أنا بني نهل لا ندعى لأب عنه ولا هو بالابناء يشرينا

فوجب أن يحجب الأخوة كالأب الحقيقي ، يحقق هذا أن ابن الابن وإن سفل يقوم مقام أبيه في الحجب ، كذلك أبو الأب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس : ألا يتقى الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الأب أبا ، ولأن بينهما أيلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوي الأب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب ، يحققه أن أبا الأب وإن علا يسقط بني الأخوة ولو كانت قرابة الجد والإخ واحد لوجب أن يكون أبو الجد مساويا لبني الأخ لتساوى درجة من أدليا به والله أعلم ، ولا تغريح على هذا القول لوضوحه .

(فصل) اختلاف الفائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم ، فكان على رضى الله عنه يفرض للأخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له فإن كانت أخت لأبوين وأخوة لأب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الأخوة فيما بقي إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس فتفرضه له ، فإن كان الأخوة كلهم عصبه قاسمهم الجد إلى السدس ، فإن اجتمع ولد الأب وولد الأبوين مع الجد سقط ولد الأب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وإن انفرد ولد الأب قاموا مقام ولد الأبوين مع الجد ، وصنع ابن مسعود في الجد مع الأخوات كصنع على عليه السلام وقاسم به الأخوة إلى الثلث ، فإن كان معهم أصحاب فرائض أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم . ثم صنع صنيع زيد في إعطاء الجد لاحظ من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال . وعلى يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به . وقال بقول على الشعبي والنخعي والمغيرة بن المقسم وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ، وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريح : وأما مذهب زيد فهو الذي ذكره الحرق وسنشرحه إن شاء الله ، وأبى ذهب أحمد ، وبه قال أهل المدينة وأهل الشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن أرطاة ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم .

مسألة ، قال أبو القاسم (ومذهب أبي عبد الله رحمه الله في الجد قول زيد ابن ثابت رضى الله عنه . وإذا كان أخوة وأخوات وجد قاسم الجد بمنزلة أخ حتى يكون الثلث خيراً ، فإذا كان الثلث خيراً له أعطى ثلث جميع المال)

وجملة ذلك أن مذهب زيد في الجد مع الأخوة والأخوات للأبوين أو للأب أنه يعطيه لاحظ من شيتين أما المقاسمة كأنه أخ وإما ثلث جميع المال ، فلي هذا إن كان الأخوة اثنين أو أربع أخوات أو أخاً وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فأعطه ما شئت منهما ، وإن نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أخط له فقاسم به لا غير وإن زادوا فالثلث خير له فأعطه إياه وسواء كانوا من أب أو من أبوين ، وإن

اجتمع ولد الابوين وولد الاب فإن ولد الابوين يعادون الجدد بولد الاب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم اخذه منهم ولد الابوين الا ان يكون ولد الابوين اختاً واحدة فتأخذ منهم تمام النصف المال ثم ما فضل فهو لهم ، ولا يمكن ان يفضل عنهم اكثر من السدس لان ادنى ما للجدة الثلث والاخت النصف والباقي بعدهما هو السدس .

مسألة ، قال (فان كان مع الجدة والأخوة والأخوات اصحاب فرائض اعطى اصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي ، فان كانت المقاسمة خيراً للجدة من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال اعطى المقاسمة . وان كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة ومن سدس جميع المال اعطى ثلث ما بقي ، فان كان سدس جميع المال احظ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي اعطى سدس جميع المال) اما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلا نه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو اقوى فمع غيرهم اولى ، واما اعطاؤه ثلث الباقي اذا كان احظ له فلا نه له الثلث مع عدم الفروض فما اخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال . واما المقاسمة فهو له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها ، فعلى هذا متى زاد الاخوة عن اثنين او من بعدهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلا حظ له في ثلث ما بقي . وان نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس ، وان كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي ، وان كان الاخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة .

مسألة ، قال (ولا ينقص الجدة أبداً من سدس جميع المال أو تسميته اذا زادت السهام)

هذا قول عامة اهل العلم الا انه روى عن الشعبي انه قال ، ان ابن عباس كتب الى علي في ستة اخوة وجد ، فكتب اليه : اجعل الجدة سابعهم وامع كتابي هذا ، وروى عنه في سبعة اخوة وجد . ان الجدة ثامنهم ، وحكى عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة الى نصف سدس المال .

ولنا أن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الأخوة فانهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الأخوة أولى ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أطعم الجد السدس ، فلا ينبغي أن ينقص منه ، وأما قوله « أو تسميته إذا زادت السهام ، فانه يعني إذا عالت المسألة فانه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس ، ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد : له السدس ونعطيهم سهمين من خمسة عشر سهماً وهما ثلثا الخمس ، ومتى أفضت المسألة الى العول سقطت الأخوة والأخوات الا في الاكدرية ، ولا ينقص الجد عن السدس الكامل في مسألة يرث فيها أحد من الأخوة والأخوات .

« مسألة » ، قال (وإذا كان أخ لأب وأم وأخ لأب وجد قاسم الجد الأخ للأب والأم والأخ للأب على ثلاثة أسهم ، ثم رجع الأخ للأب والأم على ما في يد أخيه لايه فآخذه)

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الأخوة كأخ مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ثم يأخذون ما حصل لهم وأنه متى كان اثنان من الأخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة ، ففي هذه المسألة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الأخ للابوين ما حصل لأخيه من أبيه ، وإن شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين ، وإن زاد عدد الأخوة على اثنين أو من يعدلها من الأخوات فلفرض للجد الثلث والباقي لولد الابوين . هذا مذهب زيد

وأما على وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولد الابوين ويسقطان ولد الأب ولا يعتدان به لانه محجوب بولد الابوين فلا يعتد به كولد الأم ، وقسما هذه المسألة بين الجد والأخ من الابوين نصفين وأسقطا الأخ من الأب

ولنا أن الجد والد فإذا حجب أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ولأن ولد الأب يحجبونه إذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالأم ويخلو ولد الأم لأن الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الأب

فإن الجدة لا يحجبهم فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره كما يحجبون الأم وإن كانوا محجوبين بالاب ، وأما الأخ من الأبوين فهو أقوى تعصيا من الأخ من الأب فلا يرث معه شيئا ، كما لو انفردا عن الجدة فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجة وأخذ ميراثه ، فإن قيل : فالجدة يحجب ولد الأم ولا يأخذ ميراثه والأخوة يحجبون الأم ، وإن لم يأخذوا ميراثها ، قلنا : الجدة وولد الأم يختلف سبب استحقاقهما لليراث ، وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وهنا سبب استحقاق الأخوة لليراث الأخوة والعصوبة فأيهما قوى حجب الآخر وأخذ ميراثه ، وقد مثلت هذه المسألة بمسألة في الوصايا وهي : إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فإن الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء .

(فصل) أخ لأبوين وأختان لأب وجد : للجدة الثلث والباقي للأخ ، وفي قول علي وابن مسعود : المال بينه وبين الجدة نصفين ، أخ وأخت من أبوين وأخت من أب وجد فللجدة الثلث والباقي بين ولد الأبوين على ثلاثة ونصيب من تسعة ، وفي قول علي وابن مسعود : المال بين ولد الأبوين والجدة على خمسة ، أخ لأبوين وأخت لأب وجد ، المال بينهم على خمسة : للجدة سهمان والباقي للأخ وعندهما المال بينهما نصفين .

(فصل) أخوان لأبوين وأخت لأب وجد ، للجدة الثلث والباقي للأخوين للأبوين عند الجميع ، وإن كان ولد الأبوين ثلاثة فللجدة الثلث أيضا عند زيد ، وعند علي وابن مسعود له الربع لأنهما يقاسمان به إلى السدس ، أخ وأخت من أبوين وأخت من أب أو أكثر من ذلك فللجدة الثلث وعندهما للجدة السهمان وللأخ وللأبوين السهمان وللأخت الخمس .

مسألة ، قال (وإذا كان أخ وأخت لأب وأم أو لأب وجد كان المال بين الجدة والأخ والأخت على خمسة أسهم للجدة سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم) بالمقاسمة هنا خير للجدة من الثلث لأنه يحصل له بها خمسة المال ، وذلك

خير له من الثلث ، وكذلك كلما نقص الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث
كثلاث أخوات أو أختين أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها إلا المقاسمة به
كأنه ، وهذا قول زيد وعلى وعبد الله إذا كانوا عصبه ، فأما إن كان أخوات
منفردات فإن عليا وابن مسعود يفرضان لمن فروضهن ثم يعطيان الجدة ما بقي .

مسألة ، قال (وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وجد كانت الفريضة
للجد والأختين على أربعة أسهم ، للجد سهمان ولكل أخت سهم ، ثم رجعت
الأخت للام والأب فأخذت بما في يد أختها لتستكمل النصف)

المقاسمة هنا أحظ للجد وتعد الأخت للأبوين على الجد بأختها من أيها
فيصير له النصف ولها النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الأخت
من الأبوين ما بقي في يد أختها لتستكمل تمام فرضها وهو جميع ما في يدها فلا
يبقى لها شيء ، وتصير كالأب لو كان معها بنت فأخذت البنت النصف ويبقى النصف
فإن الأخت من الأبوين تأخذه جميعه فلا يبقى للأخت من الأب شيء .

(فصل) فإن كان مع الأخت من الأبوين أختان من أب كان المال بينهما
وبن الجد على خمسة أسهم ، للجد اثنان ولهن ثلاثة ، ثم تأخذ الأخت من الأبوين
من أختها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لها نصف سهم بينهما لكل واحدة
ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة في خمسة تكن عشرين للجد ثمانية
والأخت للأبوين عشرة ولكل واحدة من أختها سهم ، فإن كان معها ثلاث
أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد إلا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين
الأخوات من الأب ، وإن كثرن ، وإن كان من ولد الأبوين أختان أو أكثر
فليس للأخوات من الأب شيء وإن كثرن ، لأن فرض الأختين الثلثان والجد
لا ينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء ، ولأن الأخوات من الأبوين يسقطن
الأخوات من الأب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فع الجدة أولى وليس في
هذه المسألة اختلاف ، فأما مسألة الحرق ، فإن عليا وعبد الله يفرضان للأخت
من الأبوين النصف وللأخت من الأب السدس والباقي للجد ، وكذلك إن كان
معهما أختان أو أخوات من أب .

مسألة ، قال : فإن كان مع التي من قبل الأب أخوها كان المال بين الجد والأخ والاختين على ستة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأب والام على الأخ والاخت من الأب فأخذت عما في أيديهما لتسكمل النصف ، فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهماً : للجد ستة أسهم وللأخت من الأب والام تسعة أسهم وللأخ سهمان وللأخت سهم)

المقاسمة منها والثلث سواء ، فإن قامت به كان المال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم يكمل للأخت تمام النصف عما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا يصح ، فتضرب ثلاثة في أصل المسألة تكن ثمانية عشر ، كما قال الحنفى ، وانزاد ولد الأب على هذا لم يزدوا على السدس شيئاً لأن الجد لا ينقص عن الثلث والأخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى إلا السدس .

مسألة الأكرية ، قال : وإذا كان زوج وأم وأخت وجد فلزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس)

ثم يقسم سدس الجد ونصف الأخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهماً للزوج تسعة أسهم وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ، وتسمى هذه المسألة الأكرية ، ولا يفرض للجد مع الأخوات في غير هذه المسألة .

قيل : إنما سميت هذه المسألة الأكرية لتكديرها لأصول زيد في الجد ، فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد ، وفرض للأخت منه ولا يفرض لأخت مع جد ، وجمع سهامها وسهامها قسمها بينهما ولا نظير لذلك ، وقيل : سميت الأكرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الأكر فأتى فيله على منكب زيد وأخطأ فيها فتسبب إليه ، واختلف أهل العلم فيها ، فذهب أبي بكر الصديق وموافقوه إسقاط الأخت ويجعل للام الثلث وما بقى للجد .

وقال عمر وابن مسعود : للزوج النصف وللأخت النصف وللأم السدس وللجد السدس ، وعالت إلى ثمانية وجعلوا للام السدس كيلاً يفتلوا على الجد وقال علي وزيد : للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس

وعزلاها إلى تسعة ، ولم يحجبها الأم عن الثلث ، لأن الله تعالى إنما حجبها بالولاد والاختوة ، وليس منها ولد ولا اختوة . ثم إن عمر وعليا وابن مسعود أبقوا النصف للاخت والجد والجد ، وأما زيد فإنه ضم نصفها إلى جد قسمة بينهما لأنها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة ، وإنما حمل زيد على إعالة المسألة فيها لأنه لو لم يفرض للاخت اسقطت وليس في الفريضة من يسقطها ، وقد روى عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال . ما قال ذلك زيد ، وإنما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هر شيئا .

فإن قيل : فالأخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض ، قلنا : إنما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء . بل يفرض له : ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لأنه عصبة في نفسه ، ولو كان مع الأخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الأم إلى الجد وبقي لهما السدس فأخفوه ولم تعل المسألة أصل المسألة في الأكرية ستة وعالت إلى تسعة وسهام الأخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ، ثم كل من له شيء في أصل المسألة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسألة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنان في ثلاثة ستة ويبقى اثنا عشر بين الجد والأخت على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعاين بها ، فيقال : أربعة ورثوا مال ميت فآخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي ، ويقال : امرأة جاءت قوما فقالت : إني حامل فإن ولدت ذكراً فلا شيء له ، وإن ولدت أنثى فلها تسع المال وثلث تسعة وإن ولدت ولدين فلها السدس ، ويقال أيضا : أن ولدت ذكراً فلي ثلث المال ، وإن ولدت أنثى فلي تسعة ، وإن ولدت ولدين فلي سدسه

(فصل)

زوجه وأم وأخت وجد : للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة أصلها من اثني عشر وتصح من ستة وثلاثين ، فإن كان مكان الأخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين ، وإن كانتا أختين قاسمها وصحت من ثمانية وأربعين فإن كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات

حجبوا الأم إلى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فإن زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم فإن لم تصح عليهم ضربتهم أو وفقهم في ستة وثلاثين فما بطنع منه تصح ، فإن كانوا من الجهتين لم يبق لولد الأب شيء واستأثر به ولد الأبوين دونهم

فصل

زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالتي قبلها في فروعها ، إلا في أن للجددة السدس مع الأخت الواحدة والأخ الواحد ، ومتى كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدة والأم واحداً ، وإن لم يكن معهم جدة فهي من أربعة : للزوجة الربع ويبقى ثلاثة ، للجد سهمان وللأخت سهم ، فإن كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر ، وإن كان مكانها أخ صحت من ثمانية ، فإن كان أخ وأخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة ، وتصح من عشرين ، وإن زادوا على هذا قاطعه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباقيين ، فإن كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الأب ، لأن الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الأبوين

مسألة ، قال (وإذا كانت أم وأخت وجد فللأم الثلث وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ، للجد سهمان وللأخت سهم)

وهذه المسئلة تسمى الخرقاء ، إنما سميت خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فكان الأقوال خرقتها . قيل فيها سبعة أقوال : قول الصديق وموافقيه : للأم ثلث والباقي للجد ، وقول زيد وموافقيه : للأم الثلث أصلها من ثلاثة ويبقى سهمان بين الأخت والجد على ثلاثة وتصح من تسعة ، وقول علي : للأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس . وعن عمر وعبد الله : للأخت النصف وللأم ثلث ما بقي وما بقي للجد . وعن ابن مسعود : للأم السدس والباقي للجد ، وهي مثل القول الأول في المعنى . وعن ابن مسعود أيضا : للأخت النصف والباقي بين الجد والأم نصفين فتكون من أربعة ، وهي إحدى مربعات ابن مسعود

وقال عثمان : المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث ، وهي مثثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة اقوال ، والمسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة وسال الحجاج عنها الشعبي فقال : اختلف فيها خمسة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيداً وابن عباس

فصل

أم أو جدة وأختان وجد ، المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة فتصح من أربعة وعشرين ، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد تصح من ستة : أم وأخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقاسمة سواء : فإن زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي ، وانتقلت المسألة الى ثمانية عشر للأم ثلاثه وللجد خمسة يبقى عشرة للإخوة والأخوات فتصح المسئلة عليهم ، فإن كان الإخوة والأخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الأبوين إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم ، أم وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب وجد للام السدس وللجد ثلث الباقي ينتقل الى ثمانية عشر ، فلام ثلاثة وللجد خمسة وللأخت لأبوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وثمانين وتسمى مختصرة زيد لانه لو قاسم بالجد لا تنقلت الى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثة ، فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار الى أربعة وثمانين فلذلك سميت المختصرة ، أم وأخت لأبوين وأخوان وأخت لأب وجد أصلها من ستة ثم تنتقل الى ثمانية عشر ويفضل لولد الأب سهم على خمسة فضرها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينه زيد ، وفي هذا الفصل كله : الجدة كالأم لان لكل واحدة منهما السدس

مسألة قال (وإذا كانت بنت وأخت وجد فليبت النصف وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ، للجد سهمان وللأخت سهم)

إنما كان كذلك لأن المقاسمة هنا أحظ للجد . وقال علي رضي الله عنه : لبيت النصف وللجد السدس والباقي للأخت ، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والأخت نصفين ، لان كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال

بالتعصيب ، فإذا اجتمعا اقتسما ، كما لو كان مكانها أخ ، فأما على فبنى على أصله في أن الاخوات لا يقاسن الجد ، وإنما يفرض لمن فلم يفرض لها مهتا ، لان الاخت مع البنت عصبه وأعطى الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل لها الباقي ولنا أن الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثلها إذا كان معها أخ فكذلك إذا انفردت وهذه إحدى مريعات ابن مسعود

(فصل)

بنت وأخ وجد : الباقي بعد فرض البنت بينهما نصفين ، وإن كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة ، وإن كان اخوان أو أخ واختان أو أربع اخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة ، فإن زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فإن كانوا من الجهتين فليس لولد الاب شيء ويأخذ ولد الابوين جميع الباقي . بنت واختان وجد الباقي بين الجد والاختين على أربعة ونصف من ثمانية ، فإن كن ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة : فإن كن أكثر من أربع فله السدس أو ثلث الباقي والباقي لمن .

(فصل) بنتان أو أكثر أو بنت ابن وأخت وجد . البنتين الثلثان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة ونصف من تسعة . وإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما على اثنين ونصف من ستة وإن كان مكانه اختان صحت من اثني عشر ويستوى في هاتين المسألتين السدس والمقاسمة فإن زادوا عن أخ أو عن اختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم ، فإن كان معهم أم أو جدة فالجد السدس ولا شيء للاخوة والاخوات .

(فصل) زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة . وعند علي وابن مسعود للاخت النصف وللجد السدس وطالت إلى سبعة . وإن كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة . وعندهما لها الثلثان وتعمل إلى ثمانية . وإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين ، وإن كان أخ واخت أو ثلاث اخوات قاسمهم الجد ، وإن كان اخوان أو من يعدلها استوى السدس وثلث الباقي والمقاسمة ، فإن زادوا فرضت له السدس والباقي لهم ، وإن كان زوج وبنت وأخت وجد فللزوج الربع للبنت النصف والباقي بينهما على ثلاثة ، ويستوى

السدس منها والمقاسمه ، فإن زادوا على أخت واحدة فرضت للجد السدس والباقي لهم ، وإن كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقطت الأخوة والأخوات وفرضت للجد السدس وطالت المسألة إلى ثلاثة عشر

فصل

زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فإن كان مكان الأخت أخ أو أختان فالباقي بينهم ، وتصح مع الأخ من ستة عشر ومع الأختين من اثنين وثلاثين ، وإن زادوا فرضت للجد السدس وانتقلت المسألة إلى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم ، وإن كان مع الزوج ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وبنت وأم أو جدة فرضت للجد السدس ويبقى للأخوة والأخوات سهم من أربعة وعشرين .

(باب ذوى الأرحام)

وَمِ الْأَقَارِبِ الَّذِينَ لَا فَرَضَ لَهُمْ وَلَا تَعْصِيبَ . وَمِ أَحَدِ عَشَرَ حِزْأً : وَلَدُ الْبَنَاتِ وَلَدُ الْأَخَوَاتِ وَبَنَاتُ الْأَخَوَةِ وَلَدُ الْأَخَوَةِ مِنَ الْأُمِّ وَالْعَمَّاتِ مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ وَالْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ وَالْأَخْوَالُ وَالْحَالَاتُ وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ وَالْجَدُّ أَبُو الْأُمِّ وَكُلُّ جَدَّةٍ أَدَلَّتْ بَابَ بَيْنِ أَمِينٍ أَوْ بَابَ أَعْلَى مِنَ الْجَدِّ ، فَهُؤُلَاءِ وَمَنْ أَدْلَى بِهِمْ يَسْمُونَ ذَوَى الْأَرْحَامِ . وَكَانَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ يُوَرِّثُهُمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ ذُو فَرَضٍ وَلَا عَصْبَةٌ وَلَا أَحَدٌ مِنَ الْوَرَاثِ إِلَّا الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ

روى هذا القول عن عمر وعلى وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم . وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة ، وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأبو ثور وداود وابن جرير لأن عطاء بن يسار روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والحالة ، فنزل عليه أن لا ميراث لها ، رواه سعيد في سننه ؛ لأن العمة وابنة الأخ لا ترثان مع أخويهما فلا ترثان منفردتين كالأجنبيات .

وذلك لان انضمام الأخ اليهما يؤكدهما ويقويهما ، بدليل أن بنات الابن والاختوات من الاب يعصبن أخوهن فيما بقى بعد ميراث البنات والاختوات من الابوين ولا يرثن متفرقات ، فإذا لم يرث هاتان مع أخيهما فع عدمه أولى ، ولان الموارث إنما تثبت نصا ولا نص في هؤلاء .

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أى أحق بالتوارث فى حكم الله تعالى

قال أهل العلم . كان التوارث فى ابتداء الإسلام بالحلف وكان الرجل يقول للرجل : دى دمك ومالى مالك تصرف وأنصرك وترثنى وأرثك ، فتعاقدان الحلف بينهما على ذلك ، فتوارثان به دون القرابة ، وذلك قول الله عز وجل (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالإسلام والمجرة ، فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) وروى الإمام أحمد بإسناده عن سهل بن حنيف ، أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك إلا خلا ، فكتب فيه أبو عبيدة إلى عمر ، فكتب إليه عمر : إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الخال وارث من وارث له ، قال الترمذى : هذا حديث حسن ، وروى المقداد عن النبي (ص) أنه قال : الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ، أخرجه أبو داود : وفى لفظ دعولى من لا مولى له ، يعقل عنه ويترك عانيه ، فإن قيل المراد به أن من ليس له إلا خال فلا وارث له ، كما يقال الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له : أو أنه أراد بالخال السلطان ، قلنا هذا قاسد لوجوه ثلاثة : أحدها أنه قال يرث ماله ، وفى لفظ قال يرثه ، والثانى أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر بهذا جوابا لابي عبيدة حين سألته عن ميراث الخال ، وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم .

الثالث : أنه سماه وارثا والاصل الحقيقة ، وقولهم ان هذا يستعمل للتق ، قلنا والإثبات كقولهم . بأعماد من لأعماد له ، بأسند من لا سند له ، بأذخر من لا ذخره

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه وأسمع بن حبان قال ، توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثاً ولا عصبه فرفع شأنه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله إلى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ، ورواه أبو عبيد في الأموال إلا أنه قال ، ولم يخلف إلا ابنة أخ له فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بميراثه لابنة أخيه ، ولأنه ذو قرابة فيرث كذوى الفروض وذلك لأنه ساوى الناس في الإسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم ، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقة وصلته وبعد الموت بوصيته فأشبه ذوى الفروض والعصبات المحجوبين إذا لم يكن من يحجبهم ، وحديثهم مرسل ، ثم يحتمل أنه لا ميراث لهما مع ذوى الفروض والعصبات ولذلك سمى الحال ، وارث من لا وارث له ، أى لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم ، لا يرثان مع اخوتها قلنا لأنها أقوى منها ، وقولهم إن الميراث إنما ثبت نصاً ، قلنا ، قد ذكرنا نصوصاً ثم التعليل واجب مهما أمكن وقد أمكن وهنا فلا يصار إلى التعبد المحض .

مسألة ، قال (ويورث ذوى الأرحام : فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له عن هو نحوه فيجعل الحال بمنزلة الأم والعمة بمنزلة الأب ، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه جعلها بمنزلة العم وبنت الأخ بمنزلة الأخ وكل ذى رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو)

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوى الأرحام مذهب أهل التنزيل ، وهو أن ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فإن بعدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فإن كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به ، فإن بقي من سهام المسألة شيء رد عليهم على قدر سهامهم ، وهذا قول مخالفة ومسروق والشعبي والنخعي وحامد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري وسائر من ورثهم غير أهل القرابة .

وقد روى عن علي وعبد الله رضي الله عنهما أنهما نزلا بنت البنت منزلة

البنت وبنت الأخ منزلة الأخ ، وبنت الأخت منزلة الأخت ، والعمة منزلة الأب ،
والخاله منزلة الأم : وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخاله ، وعن
علي أيضا أنه نزل العمة بمنزلة العم ، وروى ذلك عن علقمة ومسروق وهي الرواية
الثانية عن أحمد رضي الله عنه ، وعن الثوري وأبي عبيد أنهما نزلاها منزلة الجد
مع ولد الأخوة والأخوات ، ونزلاها آخرون منزلة الجدة ، وإنما صار هذا الخلاف
في العمة لأنها أدلت بأربعة جهات ولرثات قلاب والعم أخواها والجد والجدة
أبواها ، ونزل قوم الخالة جدة لان الجدة أمها ، والصحيح من ذلك تنزيل
العمة أبا والخاله أما لوجوه ثلاثة .

أحدها : ما روى الزهري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : العمة بمنزلة
الأب إذا لم يكن بينهما أب والخاله بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم ، رواه
الإمام أحمد .

الثاني : أنه قول عمر وعلى وعبد الله في الصحيح عنهم ولا يخالف لهم في الصحابة .
الثالث : أن الأب أقوى جهات العمة ، والأم أقوى جهات الخالة ، فحين
تنزيلهما بهما دون غيرها كبت الأخ وبنت العم فإنهما ينزلان منزلة أبويهما
دون أخويهما ، ولأنه إذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثهما بجميعهما ورثتا
بأقواهما كالجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم ، وكالأخ من الأبوين فإنما
نورثه بالتصيب : وهي جهة أبيه دون قرابة أمه ، فأما أبو خنيفة وأصحابه فإنهم
ورثوهم على ترتيب العصابات فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا
ثم ولد أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبدا ،
لا يرث بنو أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم ، وعن
أبي خنيفة أنه جعل أبا الأم وإن علا أولى من ولد البنات ويسمى مذهبهم مذهب
أهل القرابة .

ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له ، وقد ثبت
أن ولد الميت من الإناث لا يسقط ولد أبيه فأولى أن لا يسقطهم ولده .
(مسائل من ذلك) بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة ، فإن

كان معها بنت أخ فالباقي لها ونصع من ستة . فإن كان معها حالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تسككة الثلثين وللخاله السدس والباقي لبنت الاخ ، فإن كان مكان الخالة عمه حجت بنت الاخ وأخذت الباقي لان العمه كالاب فقسقط من هو بنزله الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ وسقط للعمه ومن نزلها جدها قاسم بنت الاخ الثلث الباقي بينهما نصفين ، ومن نزلها جده جعل لها السدس ولبنت الاخ الباقي ، وفي قول اهل القرابة انه لا ترث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئا .

(فصل) اذا انفرد أحد من ذوى الارحام اخذ المال كله في قول جميع من ورثهم ، وان كانوا جماعة لم يخل امان يدلوا بشخص واحد او بجماعة ، فإن أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالل مال بينهم على حسب مواريثهم منه فإن انقط بعضهم بعضا كآب الام والاخوال فاسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات ، فان كان بعضهم اقرب من بعض فالمراث لا قريهم كخالة وأم ابى ام او ابن خال فالمراث للخالة لانها تلتق الام بأول درجة ، وهذا قول عامة المنزلة الا انه حكى عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة انهم أماتوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها ، ويسمى قولهم قول من أمات للسبب . واستعمل بعض الفرضيين في جميع ذوى الارحام : فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لانها اخت ، ولأم ابى الام السدس لانها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن اخ .

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا أم ام الام دون ابن عم الام بغير خلاف ايضاً في ابى ام ام وابن عم ابى ام : ان المال للجد لانه اقرب ولو كانت الام الميتة كان ولورثها ابن عم ايها دون ابى امها ، حالة وأم ابى ام وعم ام . المال للخالة ، وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم ، فإن لم يكن فيها عم ام فكلال بين الخالة وأم ابى الام على اربعة ، فان لم يكن فيها جدة فكلال بين الخالة وعمها نصفين ، ابن خالة وابن عم ام المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الام ، فاما ان أملى جماعة بجماعة جعلت المال للمولى بهم كأنهم أحياء فقسمت المال بينهم على ما توجبه الفريضة فلا صار لكل واحد منهم فهو لى اقل به اذا

بنت العم لان العمة بمنزلة الاب وبنت العم بمنزلة العم ، بنت بنت بنت وبنت بنت ابن : المال لبنت بنت الابن عند الجميع الا عند ابن سالم ونعيم ، بنت بنت بنت وابن أخ من أم . المال للاولى ، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ ، وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب ، بنت بنت وبنت بنت ابن : المال بينها على أربعة عند جميع المتزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لانها أقرب ، ابن بنت بنت وبنت بنت أخ هو بينهما ، ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت ، ابن بنت وابن ابن ابن أخت لابوين : المال بينهما ، وعند من ورث الاقرب وأهل القرابة هو للاول ، بنت أخ وبنت عم أو بنت عمة : المال لبنت الاخ . وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب ان كان من جهتين : ان يكون لبنت العم والعمة لانها من جهة الاب وذلك قول ضرار أيضا ، ابن أخت وابن عم لام : المال بينهما ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة أيضا لانها من ولد أبوي الميت ، وابن العم للام من ولد أبوي أبويه ، بنت عم وبنت عم أب هو للاولى عند الجميع الا عند ابن سالم ونعيم . بنت بنت بنت وأم اب أم المال بينهما على أربعة . بنت بنت بنت وأبو أم اب مثلها عندنا وعند من ورث الاقرب جعله للثاني ، بنت بنت بنت ابن وعمه أو خاله للاولى النصف في الاولى ومع الخاله لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعم والخاله ، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثا . الأبوة والبنوة والامومة : لان جعل الامومه جهة خامسة يفضي الى اسقاط بنت العم بنت العمة كما ذكرنا ، وان جعلنا الاخوة جهة رابعة مع نفي جهة العمومه : أفضى الى اسقاط ولد الاخوة والاختوات بينات الاعمام والعمات ، واذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسبقهم الى الوارث كان اولى ، والله أعلم .

مسألة ، قال (واذا كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة فهو أحق بالمال من ذوى الارحام)

في هذه المسألة فصول ثلاثة ، أحدها : ان الرد يقدم على ميراث ذوى الارحام ، فحق خلف الميت عصبته أو ذا فرض من اقاربه اخذ المال كله ولا شيء للذوى الارحام ، وهذا قول عام من ورث ذوى الارحام ، وقال الحنفى لم يختلفوا

أن الرد أولى عنهم إلى ما روى عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنها ورثا الخال مع البنت . فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبه أو مولى لئلا يخالف الإجماع وقول النبي (ص) : الخال وارث من لا وارث له ، ومن مسائل هذا الفصل : أبو أم وجدة المسأل للجدة . بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وابن أخت عمومة ثلاثة بنى إخوة مفترقين لا شيء . لذى الرحم في جميع ذلك .

الفصل الثاني : أن المولى المعتق وعصباته أحق من ذوى الأرحام ، وهو قول طائفة من ورثتهم من الصحابة وغيرهم ، وقول من لا يرى توريتهم أيضاً ، وروى عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه أبو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وعلقمة والأسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعي والنخعي والقاسم بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز وميمون بن مهران والأول أصح لقوله عليه السلام : الخال وارث من لا وارث له ، والمولى وارث ، ولأن المولى يعقل وينصر فأشبهه العصبه من النسب .

الفصل الثالث في توريتهم مع الزوج والزوجة . لا أعلم خلافاً بين من ورثتهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة : واختلف في كيفية توريتهم معه فروى عن إمامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا ، وهذا قول أبي عبيد ومحمد بن الحسن والثوري وطائفة من ورثتهم وقال يحيى بن آدم وضرار : يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والمول ثم يفرض للزوج فرضه كاملاً من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم ، فإذا يقع الخلاف في مسألة فيها من بدلى بذى فرض ومن بدلى بعصبه .

فأما إن أدلى جميعهم بذى فرض أو عصبه فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج وبنت بنت وبنت أخت أو ابن أخت أو أولاد أخت أو بنت أخ أو بنات أخ فللزوجة النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين .

وقال يحيى وضرار : المسألة من أربعة للزوج الربع وللبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولهن معها سهم ، فإن كان مكان الزوج زوجة فرضت المسألة من ثمانية

للرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقى ثم يفرض للرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، للرأة الربع سبعة وللبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثنا عشر ويبقى تسعة لمن معها زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوى الأرحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخاله سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر سهما ، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسألة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة وللأم سهمان ويبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف وتجمع سهام الباقي وهي تسعة فيقسم النصف الباقي على تسعة فلا تصح ، تضربها في اثنين تكن ثمانية عشر ، وإن كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور للرأة الربع والباقي بين ذوى الأرحام على ستة ، وهي توافق باقى مسألة الزوجة بالأثلاث ، فردها الى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية عشر ، للرأة سهمان وللبنت نصف الباقي ثلاثة وللخاله سهم وللبنت العم سهمان .

وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوى الأرحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للرأة الربع من أربعة لها سهم وللمرأة ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، امرأة وثلاث بنات ثلاثة إخوة مفترقين امرأة وبنت بنت وثلاث إخوة مفترقين امرأة وبنت بنت وثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات .

(فصل) ولا يعول من مسائل ذوى الأرحام إلا مسألة واحدة وشبهها وهي خالة أو غيرها ممن يقوم مقام الأم أو الجدة وست بنات ، ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفروض فإن للخالة السدس ولولد الأم الثلث ولبنات الاختين من الأبوين الثلثان أصلها من ستة وعالت الى سبعة .

مسألة ، قال (ويورث الذكور والإناث من ذوى الأرحام بالسوية إذا كان أبوم واحداً وأمم واحدة إلا الحال والحالة فلاخال الثلثين وللخاله الثلث)
اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والإناث من ذوى الأرحام إذا

كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأثرم وحنبيل وإبراهيم بن الحارث في الحال والحالة يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية في جميع ذوى الأرحام ، وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي عبيد وإسحاق ونعيم بن حماد لأنهم يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكركم وأنثاهم كولد الأم .

ونقل يعقوب بن بختان إذا ترك ولد خاله وخالته اجعله بمنزلة الأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين : وكذلك ولد العم والعمة ، ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته : الخال الثلثان وللخاله الثلث فظاهر هذا التفضيل ، وهو قول أهل العراق وعامة المازليين لأن ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوى الفروض لأنهم يأخذون المال كله . ولا على العصة البعيد لأن ذكركم ينفرد بالميراث دون الإناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والأخوة والأخوات ويحجب عن هذا بأنهم معتبرون بولد الأم وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد ، واتفق الجميع على التسوية بين ولد الأم لأن آباءهم يستوى ذكركم وأنثاهم إلا في قياس قول من أمات السبب فإن للذكر مثل حظ الأنثيين ، والذي نقل الحرقى : التسوية بين الجميع إلا في الحال والحالة ، ولم اعلم له موافقا على هذا القول ولا علت وجهه .

وأما قوله : إذا كان أبوم واحد وأمهم واحدة ، فلأن الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد ، فأما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم كالأخوال والحالات المفرقين والعلمات المفترقات أو إذا ادلى كل واحد منهم بغير من ادلى به الآخر ، كبن بنت وبنت بنت آخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا إن شاء الله تعالى .

ومن مسائل ذلك : ابن أخت معه أخته أو ابن بنت معه أخته : المال بينهما نصفان عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المازليين المال بينهما على ثلاثة ، ابنتان وابنتان أخت لأبوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لأب وأربعة بنين وأربع بنات أخت لأم .

أصل المسألة من خمسة للأخت من الأبوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللأخت من الأب سهم بين ولدها على ستة وللأخت من الأم سهم بين ولدها

على ثمانية والأربعة داخله فيها والست توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية
تكون أربعة وعشرين ، ثم في خمسة تكون ثمانية وعشرين ومن فضل أبقي ولد
الأم بحالهم وجعل ولد الأخت من الأبوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون
إلى اثنين فيدخلان في ثمانية وولد الأخت من الأب تسعة تضربها في ثمانية تكون
اثنين وسبعين ثم في خمسة تكون ثمانمائة وستين ، وإن كانوا أولاد عمات
أو خالات مفترقات فكذلك : وإن كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من
أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من
فضل ، وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين .

فصل في ميراث البنين

وإن كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن
فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى : وعند من فضل
جعله بينهم على حسب ميراثهم ، واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف
إلى قسم المال بينهم على عددهم دون مراعاة أمهاتهم إذا استووا ومن يدلون به
من الآباء والأمهات إلى بنات الميت للذكر مثل حظ الإناث كأولاد البنين وجعل
محمد بن الحسن من أدلى بابن ابنا ، وإن كان أنثى ، ومن أدلى بالأنثى أنثى وإن كان
ذكراً وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن
قسمه بينهم للذكر مثل حظ الإناث وما أصاب ولد الأنثى قسمه بينهم كذلك .

(مسائل من ذلك : بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، قول من سوى المال
بينهما نصفين ، وقول من فضل إن كانا من ولد بنين فكذلك ، وإن كانا من ولد
بنت واحدة فالمال بين ابنا وبناتها لابنها ثلثاه وليتها ثلثه ، فما أصاب ابنا فهو لبنته
وما أصاب بنتها فهو لابنها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم ، وقول محمد كذلك
وقول أبي يوسف : للابن سهمان وللبنات سهم كابن الميت وبنته ، ابنا وبنت بنت
وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقيين على ثلاثة
سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين ، وقول المفضلين إن كانوا من ولد بنين
فلا ين ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقيين على خمسة ، وإن كانوا من

ولد بنت فلا بن ابن البنت الثلثان والثالث الباقي للباقيين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنتها وثلاثا ، لابن سهمان فهما لابنه ، وللبنت سهمان فهو لولدها ، قول محمد يقسم بينهم على خمسة : لابن الابن سهمان لانه يدل بابن والباقيين ثلاثة لانهم يدلون باثني .

قول أبي يوسف : يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم ، ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال ، قول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فكذلك ، وإن كانوا من ولد واحدة فلا ينظر الثلثان بين ابنتيه ولا بنتها الثلث بين ابنيها .

قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم : قول محمد لكل ذكر سهم ولكل أنثى سهمان ، ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت ، قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الباقي بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين . قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللأولين الثلثان بينهم على ستة وللآخرين الثلث بينهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين . وان كانوا من ولد اثنتين صححت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر .

وقول محمد ولد ابن الأخت بمنزلة أربع ذكور وولد بنت الأخت كست إناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد أخ الأخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم على سبعة وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين . ابنتا أخ وابن وابنة أخت لبنتي الثلثان في قول المنزليين جميعهم ، وقول محمد الثلث لولدي الأخت بينهما بالسوية عند من سوى ، ومن فضل جعله بينهما أثلاثا ، وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف لابن الأخت سهمان ولكل واحد من الباقيين سهم وتصح من خمسة .

(فصل) بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزليين جميعهم وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لأنها أقرب فإن كان معها بنتا بنت ابن أخرى فكانهم بنت وبنتا ابن فمسألتهم من ثمانية وتصح من ستة عشر ، ابن بنت ابن وبنت ابن بنت المال لابن لاه أقرب إلى الوارث ، وهذا قول عامة من ورثهم إلا

ما حكى عن ابن سالم في أنه ينزل البعيد حتى يلحق بورائه فيكون المال بينهما على أربعة للبنات ثلاثة وللأبن سهم كبنت وبنت ابن بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وابنتا بنت ابن آخر للأولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في أصل المسألة تكن من ستة عشر . ابن وبنت بنت وثلاث بنات ، بنت وابنتا بنت ابن لا شيء لهذين في قول الجميع لأن أمهما تسقط باستكمال البنات الثلاثين ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث وتصح من اثني عشر عند من سوى ، ومن فضل جعلها بينهم على ستة . وهو قول أهل القرابة أيضا . بنت بنت بنت وبنت ابن بنت أخرى وبنت بنت ابن المال لهذه إلا في قول أهل القرابة فإنه للأولين . وقول من أمات السب وورث البعيد مع القريب . المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على أربعة وتسقط الأخرى لأن هذه وارثة البنت في أول درجة ، بنت بنت وبنت بنت بنت أخرى وبنت بنت ابن المال بين الأولى والأخيرة على المزاين ، وقال أهل القرابة هو للأولى . قول ابن سالم هو للأولين وتسقط الثالث

مسألة ، قال : وإذا كان ابن أخيه وبنت أخيه أخرى أعطى ابن الأخت حق أمه النصف وبنت الأخت الأخرى حق أمها النصف ، وإن كان ابن وبنت أخت وبنت أخت أخرى فللابن وبنت الأخت النصف بينهما نصفين ولبنات الأخت الأخرى النصف)

أما المسألة الأولى فلا خلاف فيها بين المزاين لأن كل واحد منهما له ميراث من أدلى به ، وهو قول محمد بن الحسن أيضا . وقال أبو يوسف : يعتبرون بأنفسهم فيكون لابن الأخت الثلثان ولبنات الأخت الثلث وأما المسألة الثانية فلا خلاف بين المزاين في أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف : ومن سوى جعل النصف بين ابن الأخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الأخت الأخرى فتصح من أربعة ، ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة . وقال أبو يوسف : للأبن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة .

وقال محمد . لولد الاخت الاولى الثلاثان بينهما على ثلاثه وللأخرى الثلث ، وتصح من تسعه . واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات ، ومتى كان الاخوات أو الاخوة من ولد الام ، فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثوري ومن أمات السبب . ثلاث بنات أخ وثلاث بنى أخت إن كانا من أم فالمال بينهما على عددهم وإن كانا من أب أو من أبوين فلبنت الاخ الثلاثان ولبنى الاخت الثلث وتصح من تسعه عند المتزلين وعند محمد مثله ، وفي قول أبي يوسف يجعل لبنى الاخت الثلاثين ولبنات الاخ الثلث ، ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية ، قول محمد كأنهما أختان من أبوين وأخت من أم ، فتصح من خمسة عشر فإن كان ولد الام أيضا ابنا وابنة صححت عند جميعهم من ثمانية ، إلا الثوري فإنه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر ، وعند محمد هي من ثمانية عشر : ابنا أخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنا أخت أخرى لاب في قول عامتهم من ثمانية : وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى . وعند من فضل من ثمانية وأربعين ، وقول محمد بسقط ولد الاب ويتفق قوله مع قول أبي يوسف في أن المال لولد الاخت من الابوين ، ابن أخت لابوين وابن وابنة أخت لام وابنا وابنة أخت أخرى لام ، قول المتزلين من عشرين ، الثوري من ثلاثين محمد من ستين

مسألة ، قال (فإن كن ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات فلبنت الاخت من الاب والام ثلاثة أخماس المال ولبنت الاخت من الاب الخمس ولبنت الاخت من الام الخمس)

جعلهن مكان أمهاتهن وكذلك إن كن ثلاث عمات مفترقات : مذهب أحمد وسائر المتزلين في ولد الاخوات أن المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما أصاب كل أخت فهو لولدها ، والمال في مسألتا بين الاخوات على خمسة فيكون بين أولادهن كذلك ، وكذلك إن كن ثلاث عمات مفترقات لأنهن

أخوات الأب فبرائه بينهم كبريات الأخوات المتفرقات من أخيهين ، وكذلك الحكم في ثلاث حالات متفرقات لأنهن أخوات الأم فبرائهن بينهم كذلك ، وقدم أهل القرابة من كان لأب وأم من جميعهم ثم من كان لأب ثم من كان لأم إلا محمد بن الحسن فإنه قسم ميراث أولاد الأخوات على أعدادهم وأقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات .

ومن مسائل ذلك : ستة بنات ثلاث أخوات . متفرقات . المال بين الأخوات على خمسة فما أصاب كل واحدة فهو لبنتها . وتصح من عشرة : قول أبي يوسف المال كله لولد الأبوين ، قول محمد لها الثلثان ولولد الأم الثلث وتصح من ستة ، ست بنات ست أخوات متفرقات : ابنتي الأبوين الثلثان ولولد الأم الثلث وتصح من ستة

وهذا قول محمد : ابن أخت لأبوين وابن وابنة أخت لأب وابننا وابنة أخت أخرى لأب وثلاثة بنين وثلاثة بنات أخت لأم ، هي من مائة وعشرين عند من سوى ، ومن ستين عند من فضل ، ومن أربعة وخمسين عند محمد ، فإن كان معهم أربعة بنين وأربع بنات أخرى لأم ، صححت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزليين كلهم ، قول محمد كأنهم أخت لأبوين وست أخوات لأب وأربع عشرة أختا لأم وسهم ولد الأب بينهم على تسعة . فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين ، فإن كان ولد الأخت للأبوين ابنا وبنات صححت كذلك عند المنزليين ، وعند محمد كأنهما أختان لأبوين فيسقط ولد الأب ، وتصح من مائة وستة وعشرين ، والقول في العمات المتفرقات والحالات المتفرقات وأولادهم كالقول في ولد الأخوات المتفرقات .

مسألة ، قال (إذا كن ثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين فلبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأب والأم) .

هذا قول جميع المنزليين لأن الإخوة المتفرقين يسقط ولد الأب منهم بولد الأبوين وللأخ للأم السدس والباقي كله للأخ للأبوين ، ثم ما صار لكل أخ فهو لولده ، وكذلك الحكم في الأخوال المتفرقين وأولادهم لأن الأخوال إخوة الأم مسائل من ذلك : ست بنات ستة إخوة متفرقين . لولد الأم الثلث والباقي

لولد الأبوين ست بنات ثلاثة أخوة مفترقين لولد الأم السادس والباقي لولد الأبوين ، قول محمد لولد الأم الثالث . بنت أخ لأبوين وابن أخ لأم وبنت أخ آخر لأم ابن وبنت بنت أخ لأب وإبنا وابنتا ابن أخ لأم وثلاثة بنين وثلاث بنات ، بنت أخت لأم تصح من اثنين وسبعين عند المنزلين ، فإن كان مكان الأخ من الأب أخت كانت من ستين ، فإن كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت إلى اثنين وسبعين .

(فصل) بنت أخ لأم وبنت ابن أخ لأب للاولى السادس والباقي للثانية عند المنزلين ، وفي القرابة هو للاولى لأنها أقرب إلى الميت ، بنت بنت أخ لأبوين وبنت ابن أخ لأبوين ، المال لهذه في قولهم جميعاً . بنت ابن أخ لأم وبنت بنت أخ لأبوين وابن بنت أخ لأب ، للاولى السادس والباقي للثانية . وقال أبو يوسف . الكل للثانية . بنت أخ لأم وبنت بنت أخ لأب المال للاولى إلا في قول الثوري وابن سالم وضارر للاولى السادس والباقي للثانية لانهم يورثون البعيد مع القريب وإن كان من جهة واحدة .

(فصل) ابن وبنت أخت لأبوين وبنتا أخ لأب وثلاثة بنى أخت لأب وخمسة بنى أخت لأم وعشر بنات أخ لأم أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين في قول المنزلين النصف من ذلك بين ولدى الأخت للأبوين بالسوية عند من سوى وأثلاثا عند من فضل ولولد الأم الثالث وهو مائة وثمانون ولولد الأخ تسعون ولولد الأخت تسعون ولولد الأب تسعون ولولد الأخ ستون ولولد الأخت ثلاثون ، ثلاث بنات إخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات لولدى الأم الثالث بينها بالسوية والباقي لولدى الابن لبنت الأخ ثلثاه ولبنت الأخت ثلثه . وإن كان معهم ثلاثة بنى أخوال مفترقين فلهم السادس لابن الحال من الأم سدسه وباقيه لابن الحال من الأبوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الأبوين ثلثاه ولبنت الأخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين والحكم في ثلاثة أخوال مفترقين في قسمة ميراث الأم بينهم كالحكم في ثلاثة إخوة مفترقين في قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاثة خالات متفرقات كثلاث بنات إخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات متفرقات على ما ذكرنا .

مسألة ، قال (وإذا كان ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من
الاب والام لانهن اقن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا ، وهو قول أهل القرابة . وقال الثوري : المال
بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة . وقال أبو عبيدة : لبنت
العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة ، ولا يصح
شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن . ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من
الابوين ، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث
الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة

وقيل على قياس قول محمد بن سالم : المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين
بمنزلة الاب فيسقط به العم . قال الخبرني وليس بشيء . وقد ذكر أبو الخطاب
في كتاب الهداية قولاً من رأيه يفضي الى هذا ، فإنه ذكر أن الابوة جهة والعمومة
جهة أخرى وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام إذا كانا من جهتين نزل البعيد
حتى يلحق بوارثه ، سواء سقط به القريب أو لم يسقط ، فيلزم على هذا أن تنزل
بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين ، وأظن
أبا الخطاب لو علم إفضاء هذا القول الى هذا لم يقله ولم يذهب اليه لما فيه من
مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل وإسقاط القوى بالضعيف والقريب بالبعيد ، ولا
يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسألة على ما قال الخرقى

ومن مسائل ذلك : بنت عم لابوين وبنت عم لآب المال الاولى . بنت عم
لآب وبنت عم لام كذلك . بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك ، بنت
ابن عم لاب وبنت عم لام المال الاولى عند المنزلة وهو الثانية عند أهل القرابة
لانها اقرب .

بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين ، المال الاولى في قولهم جميعاً ،
بنت عم وابن عمه ، المال لبنت العم عند الجمهور . وحكى عن الثوري أن لبنت
العم سهمين ولابن العمه سهم ، بنت بنت عم وبنت ابن عم ، المال لهذه عند الجمهور

وقول ابن سالم هو الأولى بنت عمه من أبوين وبنت عمه من أم لبنت العم
السدس ولبنت العمه النصف ثم يرد عليها الباقي فيكون بينهما على أربعة ، ثلاث
بنات عمات مفترقات وبنت عمه من أم المال بينهما على ستة فإن كان معهن بنت عمه
من أبوين أو أب ورثت المال دونهن .

مسألة ، قال (فإن كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات
فالثلاث بين الثلاث خالات على خمسة أسهم والثلاثان بين الثلاث عمات على
خمس أسهم)

فتصح من خمسة عشر سهما للخالة التي من قبل الأب والام ثلاثة أسهم ،
وللخالة التي من قبل الأب سهم . وللخالة التي من قبل الأم سهم . وللعمه التي من
قبل الأب والام ستة أسهم . وللعمه التي من قبل الأب سهمان . وللعمه التي من قبل
الام سهمان ، إنما كان كذلك لان الحالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الأب
فكان الميت خلف أباه وأمه فلأمه الثلث والباقي لأبيه ثم ما صار للأم بين أخواتها
على خمسة لان أخوات لها مفترقات فيقسم نصيبها بينهما بالفرض والرد على خمسة
كما يقسم مال الميت بين أخواته المفترقات وما صار للأب قسم بين أخواته على
خمس فصار الكسر في الموضعين على خمسة وإحداهما تجزى عن الاخرى لانها
عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسألة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر
كما ذكر للحالات سهم في خمسة مقسومة بينهم كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة
تكن عشرة بينهم على خمسة كما ذكر أيضا ، وهذا قول عامة المنزلين ، وعند
أهل القرابة للعمه من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين الثلث وسقط سائرهن ،
وقال نعم وإسحاق الحالات كلهن سواء فيكون نصيبهن بينهما على ثلاثة ، وكذلك
نصيب العمات بينهما على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسألة عندهما من تسعة .
فإن كان مع الحالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسهام كل واحد من الفريقين
بينهم على ستة ، وتصح من ثمانية عشر سهما عند المنزلين ، ثلاثة أخوال مفترقين
معهم أخواتهم وعم وعمه من أم الثلث بين الاخوال والحالات على ستة ، للخال
والخالة من الام ثلاثة بينهما بالسوية وثلاثه للخال والخالة من الابوين بينهما على

ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المتزايين وإحدى الروایتين عن أحمد وذكرها
الحرفي في الحال والحالة خاصة دون سائر ذوى الارحام .

والرواية الاخرى : هو بينهما على السوية والثلاثان بين العم والعمه بالسوية ،
ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاث بنات خال الميراث للعمات
والخالات ويسقط الباقيون فيكون للخالات الثلث والباقي للعمات ، فإن كان معهم
ثلاث بنات إخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لأنهن بمنزلة الاب فيسقط بهن
بنات الإخوة لأنهن بمنزلة الإخوة ، ويحتمل أن يجعل أولاد الإخوة والاختوات
من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لأنهم أولاد بنيه والعمات
أخواته ، ووجه هذا الاحتمال أننا إذا جعلنا الإخوة جهة والابوة جهة أخرى مع
ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق
بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط لزم منه سقوط ولد الإخوة بينات العم
من الام لأنهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن بينات العمات وبنات
الاعمام كلهم ، فأما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين
بناتهن على خمسة والباقي لبنات الإخوة ، لبنت الاخ من الام السدس والباقي
لبنت الاخ من الابوين ، ونصح المسألة من ثلاثين ، فإن لم يكن بنات إخوة من
ابوين ولا من أب فالباقي لبنت العم من الابوين .

(فصل)

خالة وابن عمه للخالة الثلث والباقي لابن العمه وهذا قول الثوري ومن
ورث البعيد مع القريب ، وفي قول أكثر المتزايين وأهل القرابة المال للخالة
لأنها أقرب ، وكذلك إن كان مكان الحالة خال : عمه وابن خال معه أخته الثلث
بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوهما خالا من أم ، وإن كان من أب أو من
أبوين ففيه روايتان .

إحداها : هو بينهما بالسوية أيضا .

والثانيه : على ثلاثة والباقي للعمه وعند أكثر الفرضيين المال للعمه . بنت
عم وابن عمه و بنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية
إن كانا من أم ، وإن كانا من أبوين أو من أب فهل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة ؟

فيه روايتان . وإن كان ابن خالة من أم والخال من أب فلا ين الحالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال . وإن كانت بنت الخال من أم وابن الحالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم . وعند أكثر المتزايين المال كله لبنت العم لأنها أسبق إلى الوارث : خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة هو للخالة : عمّة وبنت عم من نزل العمّة أبا : جعل المال لها ومن نزلها عما : جعل المال بينهما نصفين . وكذلك من أمات السبب . بنت ابن عم لاب وبنت عمّة لابوين المال لبنت ابن العم : ابن خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة والثلثان من أربعة أيضا وتصح من اثني عشر ، وفي القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمّة وتصح من ثلاثة .

(فصل) خال وخالة وأبو أم المال لابي الام فإن كان معهم ابنة عم أو عمّة فالثلث لابي الام والباقي لابنة العم أو العمّة وإن كان مكان أبي الام أمه فلا شيء لها ، لان الخالة أسبق إلى الوارث والجهة واحدة : خالة وأبو أم المال للخالة لأنها بمنزلة الام وهي تسقط أم الام : ابن خال وابن اخ من أم المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المتزايين هو لابن الاخ . فإن كان معهما ابن اخت من أب فالمال بينهم على خمسة لابن الاخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس . وإن كان معهم بنت اخ من ابوين فلها النصف ولكل واحد من الباقيين السدس وعند المتزايين لا شيء لابن الخال والمال بين الباقيين على خمسة : خال وابن ابن اخت لام المال بينهما على ثلاثة وعند المتزايين هو للخال . بنت بنت اخت لابوين وابن ابن اخ لام وبنت ابن اخ لاب وبنت خالة لهذه السدس والباقي لبنت ابن الاخ وعند المتزايين المال كله له .

(فصل) عمّة وابنة اخ المال للعمّة عند من نزلها أبا ولابن الاخ عند من نزلها عما وبينهما عند من نزلها جدّا : بنت عم وبنت عمّة وبنت اخ من أم وبنت اخ من أب لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الاب فإن لم يكن بنت اخ من أب فالباقي لبنت العم ، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحقه بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة ان يسقط

أولاد الاخوة . فإن جعل الأبوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم
بنت العممة وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد : بنت عم وبنت خال وبنت أخ
من أب : بنت الخال الثلث والباقي لبنت الأخ وعند أكثر المنزليين الكل
لبنت الأخ : ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس
الباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فإذا كان معهم خال أو خالة
أو أحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم
وأصحابه فإنه يورثهم ويسقط وند الأخوات . ويقتضيه قول أبي الخطاب : خالة
وعمة وثلاثة بنات ثلاث أخوات مفترقات للعالة السدس والباقي للعممة ومن
نزلها عما فلبنتي الاخت من الأبوين النصف ولبنتي الاخت من الأب السدس
ولبنتي الاخت من الأم السدس فإن كن بنات ستة أخوات مفترقات عالت على
هذا إلى سبعة .

(فصل في عمات الأبوين وأخوالها وخالاتهما) مذهبتنا ما تقدم من تقديم
الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يلحق وارثه إن
كانا من جهتين ثم يعمل لمن يدلى به ما كان له وأكثر المنزليين يعطون الميراث
للأسبق بكل حال . والمشهور عن أهل العراق أن نصيب الأم بين خالها وخالتها
وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الأب بين عماته وخالاته كذلك . ومن مسائل
ذلك ثلاث خنالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خنالات أب
مفترقات فخنالات الأم بمنزلة أم الأم وخنالات الأب بمنزلة أم الأب فيكون المال
بين هاتين الجديتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أحنواناتها على خمسة
وتسقط عمات الأم لأنهن بمنزلة أب الأم وهو غير وارث ، فإن كان معهم عمات
أب فله خنالات الأب والأم السدس بينهما والباقي لعمات الأب لأنهن بمنزلة الجد :
عمة أب وعمه أم لعمه الأم الثلث والباقي لعمه الأب ، هذا قياس المذهب وهو
قول أهل العراق .

وقال القاضي : المال لعمه الأب لأنها أسبق لأنها أخت الجد وهو وارث
وهذا قول أكثر المنزليين لأنهم يورثون الأسبق بكل حال ، خالة أم وعمه
أب للعنالة السدس والباقي للعممة لأنها كجدة وجدة وكذلك القول في خالة أب

وعمته : خالة أم وخالة أم أب المال للخالة لأنها بمنزلة أم أم وأم أم أب : خال
 أب وعم أم المال للخمال لأنه بمنزلة جدة والجدة بمنزلة الأمهات : بنت خال أم
 وبنت عم أب لبنت الخمال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث الأسبق جعل
 الكل لبنت العم ، أبو أبي أم وأبو أم أب المال لأبي أم الأب فإن كان معهما
 أبو أم أم فهو بينهما نصفين لأنها بمنزلة جدتين متحاذيتين ، أبو أم أبي أم
 وأبو أبي أم أم المال لهذا لأنه أسبق فإن كان معهما أبو أم أبي أب فالمال له لأنه
 بأول درجة يلحق الوارث ، أب وأم أبي أم لام أبي الأم الثلث والباقي للأب فإن
 كان معهما أبو أم أم فالمال له لأنه يدلي بوارث فإن كان معهم أبو أم أب فالمال
 بين هذا والذي قبله نصفين .

(فصل : وإذا كان لدى الرحم قرابتان ورث بهما بإجماع من المورثين لهم
 إلا شيئا يحكى عن أبي يوسف أنه لا يرثون إلا بقربة واحدة وليس بصحيح عنه
 ولا صحيح في نفسه لأنه شحخص له جهران لا يرجع بهما فورث بهما كالزوج إذا
 كان ابن عم وابن العم إذا كان اخا من أم ، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين
 كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت
 أخرى للابن الثلثان وللبنت الثلث فإن كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال
 عند من سوى ولاخته الربع ومن فضل جعل له النصف والثلث ولاخته السدس
 وهذا قول أكثر المنزلين ، وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة
 أخماس المال ولاخته الخمس : بنتا اخت من أم أحدهما بنت اخ من أب وبنت
 اخت من أبوين هي من اثني عشر ستة لبنت الاخت من الأبوين وأربعة لذات
 القرابتين من جهة ابنها ولها سهم من جهة أمها وللأخرى سهم : عمتان من أب
 أحدهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضا لذات القرابتين
 خمسة وللعمه الأخرى أربعة وللخاله من الأبوين ثلاثة فإن كان معهما عم من
 أم هو خال من أب صححت من تسعين ، ابن وبنت ابن عمه من أم البنت هي بنت
 عم من أم والعم هو خال من أب : ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت
 خمال آخر من أب والخمالان عمان من أم هي من ثمانية عشر .

« مسائل شتى ، يعنى متفرقة فانها مسائل من أبواب متفرقة يقال شتى وشتان
وقال الله تعالى (نحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى وقال تعالى إن سعيكم لشتى)

وقال الشاعر :

قد عشت في الناس أطواراً على طرق شتى وقاست فيها اللين والفظعا

« مسألة ، قال (والخنى لمشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
أنثى فإن بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه في الميراث وغيره حكم
رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة)

الخنى هو الذى له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول
وينقسم الى مشكل وغير مشكل فالذى يتبين فيه علامات الذكورية أو الأنثوية
فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة
فيها خلقة زائدة وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه ويعتبر
بباليه في قول من بلغنا قوله من أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنى يورث
من حيث يبول : إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل ، وإن بال من حيث
تبول المرأة فهو امرأة ، ومن روى عنه ذلك على ومعاوية وسعيد بن المسيب
وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم .

قال ابن اللبان : روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي صلى الله
عليه وسلم سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث ؟ قال من حيث يبول ،
وروى أنه عليه السلام أتى بخنثى من الأنصار فقال ، ورثوه من أول ما يبول منه ،
ولأن خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات
لأنما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتفلك الثدي وخروج المني والحيض
والحبل ، وإن بال منهما جميعاً اعتبرنا أسبقهما نص عليه أحمد ، وروى ذلك عن
سعيد بن المسيب ، وبه قال الجمهور فإن خرجا معاً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد في
رواية إسحاق بن إبراهيم يرث من المكان الذى ينزل منه أكثر ، وحكى هذا

عن الأوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي رضي الله عنه في أحد الوجهين .

ولنا أنها مزية لأحدى علامتين فيعتبر بها كالسبق فإن استويا فهو حينئذ مشكل فإن مات له من يرثه فقال الجمهور يوقف الأمر حتى يبلغ فتيين فيه علامات الرجل من نبات اللحية وخروج المني من ذكره وكونه من رجل ، أو علامات النساء من الحيض والحمل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني . وحكى عن علي والحسن أنهما قالَا تعد أضلاعه فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضع ، قال ابن اللبان فلو صرح هذا لما أشكل حاله ولما احتج إلى مراعاة المال .

وقال جابر بن زيد : يوقف إلى جنب حائط فإن بال عليه فهو رجل . وإن شلشل بين نخذه فهو إمراة وليس على هذا تعويل ، والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وأنه يوقف أمره مادام صغيراً فإن احتج إلى قسم الميراث أعطى هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلى حين بلوغه فتعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع إلى كل وارث أقل النصيبين ونقف الباقي حتى يبلغ ، فإن مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلاً لم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد . وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري والثؤلوي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار بن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته وأعطى الباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه . ولنا قول ابن عباس ولم نعرف له في الصحابة منكرأ ولأن حاله تساوتا فوجبت النسوبة بين حكميهما كما لو تداعى نفسان دارأ بأيديهما ولا بينة لهما وليس تورثه بأسوأ أحواله بأولى من تورث من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لأدليل عليه ولا سبيل إلى الوقف لأنه لا غاية له تتظر وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له .

(فصل) واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية توزيعهم فذهب أكثرهم الى أن يجعلوا مرة ذكورا ومرة إناثا وتعمل المسألة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب إحداهما في الأخرى ان تباينتا أو في وقفا ان اتفقتا وتجزى. بإحداهما ان تماثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا فتضربهما في اثنين . ثم تجمع ما لكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى إن تباينتا أو في وقفا ان اتفقتا فتدفعه اليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا، وذهب الثوري والشافعي في الولد إذا كان فيهم خنثى الى أن يجعل للأنثى سهمين وللخنثى ثلاثة وللذكر أربعة وذلك لأننا نجعل للأنثى أقل عدد له نصف وهو اثنان وللذكر ضعف ذلك أربعة وللخنثى نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى . وهذا قول لا بأس به .

وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها ، وبيان اختلافهما أننا لو قدرنا ابنا وبنتا وولداً خنثى لكانت المسألة على هذا القول من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة وعلى القول الأول مسألة الذكورية من خمسة والأنثوية من أربعة تضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين للبنات سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، وللذكر ثمانية عشر وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الأربعين ، وقول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع فإنه يقول في هذه المسألة للذكر الختان يقين وهي ستة عشر من أربعين وهو يدعى النصف من عشرين وللبنت الخمس يقين وهي تدعى الربع وللخنثى الربع يقين وهو يدعى الخمسين ستة عشر .

والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صارت له ثلاثة عشر ، والابن يدعى أربعة فتعطيه نصفها سهمين صار له ثمانية عشر والبنت تدعى سهمين فتدفع اليها سهمها صار لها تسعة .

وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسألة من ثلاثة وعشرين لأن المدعى ههنا نصف وربع وخنسان ومخرجها

عشرون يعطى الابن النصف — عشرة والبنات خمسة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين ، فإن لم يكن في المسألة بنت فنقول الثوري هي من سبعة ، وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال وفي التزويل من اثني عشر للابن سبعة وللخنثى خمسة ، وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين .

وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبه معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التزويل ، وان كان معها عصبه فهي من ستة للخنثى ثلاثة والبنات سهمان والعصبه سهم في الأقوال الثلاثة ، فإن كان معها أم وعصبه فهي في التزويل من ستة وثلاثين للأم ستة وللخنثى ستة عشر والبنات أحد عشر والعصبه ثلاثة ، وقياس قول الثوري أن يكون للخنثى والبنات ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة ^(١) وللأم السدس ويبقى نصف السدس للعصبه ونصيب من ستين ^(٢) وان كان ولد خنثى وعصبه فله خنثى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبه إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فانه يجعل المال بينهما اثلاثا لأن الخنثى تدعى المال كله والعصبه تدعى نصيبه ، فتضيف النصف الى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث : بنت وولد ابن خنثى وعم هي في التزويل من اثني عشر وترجع بالاختصار إلى ستة للبنات النصف وللخنثى الثلث وللعمة السدس .

فصل

وان كان الخنثى يرث في حال دون حال كزوج وأخت وولد أب خنثى فمقتضى قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم فتضمه الى سهام الباقيين وهي ستة ثم تبسطها أنصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والأخت نصفين ، وقد عمل أبو الخطاب هذه المسألة على هذا في كتاب الهداية ، وأما في التزويل فتصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان وهي نصف سبع ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وإن كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خنثى فله في حال الأنوثة ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموما الى سهام باقي المسألة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له

(١) في نسخة ثلاثة . (٢) في نسخة من اثني عشر .

منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثين وهي السدس ، وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خشي وعم فهي من ستة للبنت النصف وبنت الابن السدس وللأختي السدس ولعم ما بقي على القولين جميعاً .

(فصل) وإن خلف خنثيين فصاعداً نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل الاثنين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللاربعة ستة عشر والخمسة اثنين وثلاثين حالاً ثم تجمع ما لهم في الأحوال كلها فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالقسم فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة ، وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عدد الأحوال كلها فالحارج بالقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم ، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي والوجه الآخر أنهم ينزلون حالين مرة ذكوراً ومرة إناثاً كما تصنع في الواحد وهذا قول أبي يوسف ، والاول أصح لأنه يعطى كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيه عدل بينهم ، وفي الوجه الآخر يعطى ببعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه .

وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكراً فالسالم للولد ، وإن كانا أنثيين فالولد النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال ولعم رבעه ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد وحده ذكراً وأن يكون ولد الأخ وحده ذكراً فتكون المسألة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الأخ نصف المال في حال فله رבעه وهو اثنين ولعم مثل ذلك وهذا عدل ومن قال بالدعوى فيها زاد على اليقين قال للأخ النصف بقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم أثلاثاً وتصح من ستة ، وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أبى . ولو خلف بنتاً وولداً خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فنزلها حالين جعلتهما من ستة للولد الخنثى ثلاثة وللبنت سهمان والباقي للعم ، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس ولعم سدسه وهذا عدل الطريقين لما في الطريق الآخر من إسقاط ولد الابن مع أن احتمال تورثه

كاحتمال توريث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها، ويكفي هذا القدر من هذا الباب فإنه نادر قل ما يحتاج إليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه .

(فصل) وقد وجدنا في عصرنا شيئا شديدا بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به ، فإننا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج . لا ذكر ولا فرج ، أما أحدهما فذكر وأنه ليس له في قبله إلا لحمه ناتئة كالرمولة يرشح البول منها رشحا على الدوام وأرسل إلينا يسألنا عن حكمه في الصلاة والتحرز من النجاسة في هذه السنة وهي سنة عشر وستمائة .

والثاني : شخص ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول . وسألت من أخبرني عنه عن زيه ، فأخبرني أنه إنما يلبس لباس النساء ويخالطنهن وينزل معهن ويعد نفسه امرأة . وحدثت أن في بعض بلاد المغرب شخصا ليس له مخرج أصلا لا قبل ولا دبر وإنما يتقايأ ما يأكله وما يشربه ، فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى إلا أنه لا يمكن اعتباره بمبالة ، فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشككا ينبغي أن يثبت له حكم الخنثى المشكل في ميراثه وأحكامه كلها والله تعالى أعلم .

مسألة ، قال (وابن الملا عنه تروث أمه وعصتها فإن خلف أمأ وخالا فلأمه

الثالث وما بقي فللخال)

وجملته : أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفي ولدها وفرق الحاكم بينها اتقى ولدها عنه وانقطع تعصبيه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصبائه ، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين ، لانقطع بين أهل العلم في هذه الجملة خلافا ، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ورثه الآخران في قول الجمهور .

وقال الشافعي رضي الله عنه : إذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا ، وقال مالك إن مات الزوج بعد لعانه فإن لاعنت المرأة لم ترث ولم تحم ، وإن لم تلعن ورثت وحدت وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي رضي الله عنه

وإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان :
إحداهما لا يتوارثان ، وهو قول مالك وزفر ، وروى نحو ذلك عن الزهري
وربيعة والأوزاعي وداود ، لأن اللعان يقتضى التحريم المؤبد ، فلم يعتبر في
حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع .

والرواية الثانية : يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما ، وهو قول أبي حنيفة
وصاحبه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق
باللعان لم يحتاج الى تفريقه ، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة
ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور .

وقال أبو حنيفة وصاحبه : إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثا وقعت
الفرقة وانقطع التوارث لأنه وجد منهما معظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك
لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث .

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فأشبه التفريق قبل الثلاث . وهذا خلاف
في توارث الزوجين ، فأما الولد فالصحيح أنه ينتفى عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما
من غير اعتبار تفريق الحاكم ، لأن انتفاءه بنفيه لا بقول الحاكم فرقت بينكما ، فإن
لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما

وقال أبو بكر : ينتفى بزوال الفراش وإن لم يذكره ، لأن النبي (ص) نفى
الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، وبحق ذلك أن الولد
كان حملا في البطن ، فقال النبي (ص) : انظروها فإن جاءت به أحيمر مكانه
وحرة حمش الساقين فلا أراه الا قد كذب عليها ، وإن جاءت به جعداً حالياً خديج
الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به ، فأتت به على النعت المكروه .

إذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول . اختلف أهل العلم في ميراث
الولد المتنى باللعان : فروى عن أحمد فيه روايتان :

أحداهما إن عصيته عصبته أمه نقلها الأثرم . وحنبل يروى ذلك عن علي وابن
عباس وابن عمر : وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشمي

والنخعي والحكم وحامد والثوري والحسن بن صالح إلا أن عليا يجعل ذا السهم من ذوى الأرحام أحق من لا سهم له وقدم الرد على غيره .

والرواية الثانية أن أمه عصيته ، فإن لم تكن فعصبتها عصيته ، نقله أبو الحارث ومهنا ، وهذا قول ابن مسعود ، وروى نحوه عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملائنة لأمه ولورثتها من بعدها . ورواه أيضا مكحول عن النبي (ص) مرسلا ، وروى واثلة بن الأسقع عن النبي (ص) قال : نحوز المرأة ثلاثة موارث : عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه ،

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال : كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملائنة لمن قضى به رسول الله (ص) فكتب إلى أني سألت فأخبرت أنه قضى به لأمه ، هي بمنزلة أبيه وأمه . رواه أبو داود ، ولأنها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه إليها ، فقامت مقامهما في حيازة ميراثه ، ولأن عصبات الأم أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الأب معه ، وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملائنة كما يورث من غير ابن الملائنة ولا يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصيته ، فإن كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها ، فإن لم تكن مولاة جعله لبيت المال

وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعه وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة ، إلا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوى الأرحام أحق من بيت المال ، لأن الميراث إنما ثبت بالنصر ولا نص في توريث الأم أكثر من الثلث ولا في توريث الأخ من الأم أكثر من السادس ولا في توريث أبي الأم وأشباهه من عصبات الأم ، ولا قياس أيضا فلا وجه لاثباته ووجهه قول الخرقى قول النبي (ص) : « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » وأولى الرجل به أقارب أمه

وعن عمر رضي الله عنه أنه ألحق ولد الملائنة بعصبة أمه ، وعن علي (رضي) أنه لما رجم المرأة دعا أوليائها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم ، وإن جنى

جناية فعليكم . حكاة الإمام أحمد عنه ، ولأن الأم لو كانت عصة كأيها لحجبت
 اخوته . ولأن مولاهما مولى أولادها فيجب أن تكون عصبتها عصبته كالأب فإذا
 خلف ابن الملاعة أما وخالا فلأمه الثلث بلا خلاف والباقي لخاله لأنه عصة أمه
 وعلى الرواية الأخرى هو لها كله ، وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقه
 إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصة والباقي بالرد ، وعند زيد الباقي
 لبيت المال فإن كان معها مولى أم فلا شيء له عندنا .

وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وإن لم يكن لأمه عصة إلا مولاهما
 فالباقي له على الرواية التي اختارها الحرقى وعلى الأخرى هو للام وهو قول ابن
 مسعود لأنها عصة ابنها فإن لم يخلف إلا أمه فلها الثلث بالفرض والباقي بالرد
 وهو قول علي وسائر من يرى الرد ، وفي الرواية الأخرى لها الباقي بالتعصيب
 وإن كان مع الأم عصة لها فهل يكون الباقي لها أو له ؟ على روايتين ، وإن كان لها
 عصبات فهو لأقربهم منها على رواية الحرقى فإذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها
 وإن كان مكان أبيها جدما فهو بين أخيها وجدما نصفين ، وإن كان معهم ابنها
 وهم أخوه لأمه فلا شيء لأخيها ويكون لأمه الثلث ولأخيه السدس والباقي لأخيه
 أو ابن أخيه ، وإن خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي
 لأخيه دون أخته وإن خلف ابن أخته وبنت أخته أو خاله وخاتة فالباقي للذكر
 وإن خلف أخته وابن أخته فللأخت السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية
 الأخرى الباقي للام في هذه المواضع .

(فصل) ابن ملاعة مات وترك بنتا وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الأم
 في قول الجمهور . وقال ابن مسعود : الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها
 السدس وفي الباقي روايتان .

إحداهما للمولى وهو قول الأكثرين

والثانية : للام . وهو قول ابن مسعود ، فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود
 عليهم في إحدى الروايتين والأخرى هو للأم ، فإن كان معهم أخ فلا شيء له
 بالفرض وله الباقي في رواية والأخرى هو للام . بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو

أبو أم أو غيرهم من العصبات ؛ للبنات النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة .
وان كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأخته أو خال أو خاله فالباقي للذكر وحده
في قولهم . وقال أبو حنيفة وأصحابه : المال للبنات بالفرض والرد . وروى عن
علي عليه السلام انه جعل ذا السهم أحق بمن لا سهم له ، وأنه ورث من ابن الملاعة
ذوى أرحامه كما لا يرثون من غيره . قال ابن اللبان : وليس هذا محفوظا عن علي
وانما المشهور عنه قوله لأولياء المرجومه عن ابنها : هذا ابتكم ترثونه ولا يرثكم
وان جنى جناية فعليكم ، وفسر القاضي قول أحمد ان لم تكن أم فعصبتها عصبة
بتقديم الرد على عصبة الأم ، كقوله في أخت وابن أخ المال كله للأخت ، وهذا
تفسير للكلام بضد ما يقتضيه وحمل اللفظ على خلاف ظاهره ، وانما هذه الرواية
كذهب ابن مسعود ، ورواية الشعبي عن علي وعبد الله أنهما قالا : عصبة ابن
الملاعة أمه ترث ماله أجمع فإن لم تكن أم فعصبتها عصبة . امرأة وجدة وأختان
وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس وللأختين الثلث والباقي لابن الأخ في
الروايتين جميعا . وقال أبو حنيفة : الباقي يرد على الأختين والجدة . وهو قول
القاضي في الرواية الثانية : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الأخ
وحده ، ويحتمل أن يكون لأب الأم سدس باقى المال وخمسة أسداسه لابن الأخ
وقال أبو حنيفة . المال بين أم الأم والبنات على أربعة بالفرض والرد

(فصل) فإن لم يترك ابن الملاعة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة :
وقد روى ذلك عن علي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو بين ذوى الأرحام كبراث
غيره ، ورووه عن علي عليه السلام ، وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال
للذكر . وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسألتين نصفين : خالة لأب وأم وخال
لأب المال للخال : وقال أبو حنيفة هو للخال : خالة وبنت بنت المال بينهما على
أربعة ، وإذا لم يخلف ابن الملاعة إلا ذارحم : لحكمهم في ميراثه كحكمهم في
ميراث غيره على ما تقدم شرحه

(فصل) وإذا قسم ميراث الملاعة ثم أكنب الملاعن نفسه لحقه الولد
ونقضت القسمة . وقال أبو حنيفة : لا يلحق النسب بعد موته إلا أن يكونا توأمين

مات أحدهما وأكذب نفسه والآخر باق فبلحقه نسب الباقي والميت معا وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع .

(فصل) ولو كان المتني باللعان توأمين ولها ابن آخر من الزوج لم ينفع فوات أحد التوأمين فيراث توأمه منه كيراث الآخر في قول الجمهور ، وقال مالك يرثه توأمه ميراث ابن لا يورث لأنه أخوه لا يورثه بدليل أن الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر : وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه . ولنا أنهما توأمين لم يثبت لهما أب ينتسبان إليه فأنشبا توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما إذا استلحق أحدهما لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه .

(فصل)

قولهم إن الأم عصبة ولدها أو أن عصبتها عصبة إنما هو في الميراث خاصة كقولنا في الأخوات مع البنات ، فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا يثبت لهم ولاية التزويج ولا غيره ، وهذا قول الأكثرين ، وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها : هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه : وإن جنى فعليكم ، وروى هذا عن عبد الله وإبراهيم .

ولنا أنهم إنما ينتسبون إليه بقرابة الأم فلم يعقلوا عنه ولم يثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الأخوات مع البنات ، فأما أن أعتق ابن الملاعة عبداً ثم مات المولى وخلف أم مولاه وأخاه مولاه احتمل أن يثبت لها الإرث بالولاء لأن التعصيب ثابت ، وحكى ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للام أو للاخ ؟ على الروایتين ، ويحتمل أن لا يثبت لها ميراث لأن النساء لا يرثن من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن فكذلك من يدلى بهن وما ذكرناه للاحتمال الأول يبطل بالأخوات مع البنات وبمن عصبن أخوهن من الإناث .

(فصل في ميراث ابن ابن الملاعة) إذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعة فلا ممة الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي ، وعلى الرواية الأخرى الباقي لأم أبيه لأنها عصبة أبيه ، وهذا قول ابن مسعود ، ويعاين بها فيقال جدة ورثت مع أم أكبر منها ، وإن خلف جدتيه فالمال بينهما بالقرض والرد على قول علي ،

وفي قول ابن مسعود السدس بينهما فرضا وباقى المال لام أبيه ، أم أم وخال أب
لام الأم السدس ، وفي الباقي القولان .

أحدهما : أنه لها بالرد . والثاني : لخال الأب ، وفي قول على الكل للأجدة :
خال وعم وخال أب وأبو أم أب المال للعم لأنه أبو الملاعة فإن لم يكن عم فلا في
أم الأب لأنه أبوها فإن لم يكن فخال الأب فإن لم يكن فخال لأنه ذو رحمه .
بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم ، وفي قول على الكل للبنت لأنه يقدم الرد
على توريث عصة أمه

بنت وأم وخال المال بين البنت والأم على أربعة بالفرض والرد ولا شيء
للخال لأنه ليس بعصبة الملاعة ، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقي له لأنه
عصبة الملاعة . فأما ابن ابن ابن الملاعة فإذا خلف عمه وعم أبيه فالمال لعمه لأنه
عصبته وهذا ينبغي أن يكون إجماعا . وقد قال بعض الناس يحتمل أن يكون عم
الأب أولى لأنه ابن الملاعة وهذا غلط بين لأن العصبات إنما يعتبر أقربهم من
الميت لا من آبائه .

وان خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهما والباقي رد عليهن في إحدى
الروايتين ، وهو قول على ، وفي الثانية لام أبي أبيه ، وهو قول ابن مسعود ، وان
خلف أمه وجدته وجدة أبيه فلا أمه الثلث ولا شيء لجدته ، وفي الباقي روايتان
إحداهما : يرد على الأم : والثانية : لجدة أبيه ، وان خلف خاله وخال أبيه وخال
جده فالمال لخال جده فإن لم يكن فخاله ولا شيء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملاعة
فليست الملاعة عصبه لهم في قول الجميع لأن لهم نسا معروفا من جهة أبيهم وهو
زوج بنت الملاعة ، ولو اعتقت بنت الملاعة عبدا ثم ماتت ثم مات المولى
وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لأنها عصبه لبنتها والبنت عصبه لمولاهما في
أحد الوجهين وقد ذكرناهما في ابن الملاعة .

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد
الملاعة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال :
عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لأن أمه ليست فراشا بخلاف ولد الملاعة والجمهور
على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملاعة

يلحق الملاحن إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور ، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطي . إذا أقيم عليه الحد ويرثه ، وقال إبراهيم : يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة ، وقال إسحاق : يلحقه ، وذكر عن عروة وسليمان ابن يسار نحوه ، وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأساً إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه ، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يولد الحد عند من اعتبره .

• مسأله ، قال (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)

لا نعلم خلافاً في أن العبد لا يرث إلا ما روى عن ابن مسعود في رجل مات وترك أما مملوكا يشتري من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن ، وحكى عن طاوس أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له ولأنه تصح الوصية له فيرث كالحمل .

ولنا أن فيه نقصاً منع كونه موروثاً فنع كونه وارثاً كالمرتد ويفارق الوصية فإنها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم يقتضى بمختلفي الدين ، وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب ، وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت فلم ينتقل عنهم إلى غسيرهم ، وأجمعوا على أن المملوك لا يرث وذلك لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك ، ومن قال أنه يملك بالتملك فليكن ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه السلام : من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسبه في حياته فكذلك بعد مماته ، ومن روى عنه أن العبد لا يرث ولا يرث ولا يحجب على وزيد ، وبه قال الثوري ومالك والشافعي وإسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي .

(فصل) ويرث الأسير الذي مع الكفار اذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء
 الا سعيد بن المسيب فإنه قال : لا يرث لانه عبد : وليس بصحيح لأن الكفار
 لا يملكون الاحرار بالقهر فهو باق على حرته فيرث كالمطلق .

(فصل) والمدبر وأم الولد كالقن لانهم رقيق بدليل أن النبي (ص) باع مدبراً
 وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وتزويجها واجارتها ، وحكمها
 حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالأمرن .

(فصل) فأما المكاتب فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد لا يرث ولا يورث
 وان ملك قدر ما يؤدي فقيه روايتان :

أحدهما : أنه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث ، يروى ذلك عن عمر
 وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي (رض)
 وأبي ثور ، وعن ابن المسيب وشريح والزهري ونحوه ، لما روى أبو داود بإسناده
 عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب
 عبد ما بقي عليه درهم .

وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيا عبد كاتب على مائة أوقية
 فأداها الا عشر أواق فهو عبد : وأيا عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة
 دنانير فهو عبد ، وعن محمد بن المنكدر وعمر بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن
 عبدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعتاب بن أسيد : من كاتب مكاتباً فهو
 أحق به حتى يقضى كتابته .

وقال القاضي وأبو الخطاب : اذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز
 عن الربع عتق لان ذلك يجب إيفاؤه للمكاتب فلا يجوز إبقاؤه على الرق لمعجزه
 عما يجب رده اليه .

والرواية الثانية : أنه اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً يرث ويورث فإذا مات
 له من يرثه ورث وان مات فليسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود
 بإسناده عن أم سلمة قالت : قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا كان
 لإحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه .

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشریح يعطى سيده من تركته ما بقي من كتابته ، فإن فضل شيء كان لورثة المكاتب ، وروى نحوه عن الزهري ، وبه قال ابن المسيب وأبو سلة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة غير أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه ، قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال : ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه ، وجعله أبو حنيفة عبداً مادام حياً فإذا مات أدى من تركته باقى كتابته والباقي لورثته ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال على المنبر : انكم مكاتبون مكاتبين فأبهم أدى النصف فلا روق عليه ، وعن علي إذا أدى النصف فهو حر ، وعن عروة نحوه ، وعن الحسن إذا أدى الشطر فهو غريم ، وعن ابن مسعود وشریح نحوه ، وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم ، وعن ابن عباس إذا كتب الصحيفة فهو غريم .

وعن علي رضى الله عنه قال : تجزى العتاقة في المكاتب في أول نجم ، يعنى يعتق منه بقدر ما أدى ، وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى ، وقد روى حماد بن سلة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما اعتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما اعتق منه ، وفي رواية : يؤدي المكاتب بقدر ما اعتق منه دية الحر وقدر مارق منه دية العبد ، قال يحيى بن ابن كثير وكان على ومروان بن الحكم يقولان ذلك ، وقد روى حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا والحديث الذي روينا لقولنا أصح منه ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولاً أولى والله أعلم .

مسألة ، قال (ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه

من الحرية)

وجملته : أن المعتق بهضه إذا كسب مالا ثم مات وخلفه نظر فيه فإن كان كسبه بجزءه الحر مثل أن كان قد هاباً سيده على منفعة فاكسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزءه الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته

كلها لورثته لا حق لمالك باقية فيها . وقال قوم جميع ما خلفه بينه وبين سيده ، قال ابن اللبان هذا غلط ، لأن الشريك إذا استوفى حقه من كسبه سرقة لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقسما كسبه لم يكن لأحدهما حق في حصة الآخر . والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه . فأما إن لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقسما كسبه فلمالك باقية من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته ، وإن مات له من يرثه فإنه يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية ، وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان البتي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر . وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد . وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم جعلاً ماله لمالك باقية . قال ابن اللبان هذا غلط لأنه ليس لمالك باقية على ما عتق منه ملك ولا ولاء . ولا هو ذر رحم . قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي رضي الله عنه القديم ، أن يجعل في بيت المال لأنه لا حق له فيها كسبه بجزئه الحر .

وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو من مات شيئاً . وبه قال طاوس وعمر بن دينار وأبو ثور ، وقال ابن عباس هو كالحرف في جميع أحكامه في توريثه والإرث منه وغيرهما ، وبه قال الحسن وجابر ابن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحامد وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد والثلوثي ويحيى بن آدم وداود . وقال أبو حنيفة إن كان الذي لم يعتق استسمى العبد فله من تركته سعيته وله نصف ولائه . وإن كان أغرم الشريك فولاؤه كله للذي اعتق بعضه .

ولنا ما روى عبد الله بن أحمد حدثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في العبد يعتق بعضه ، يرث ويورث على قدر ما عتق منه ، ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر .

إذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لأن العمل على غيره واضح ، وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه ، وإن كان حصبة نظر

ماله مع الحرية الكاملة فأعطى بقدر ما فيه منها ، وإن كانا عصبتين لا يحجب أحدهما الآخر كائنين نصفهما حر ففيه وجهان .

أحدهما : تكمل الحرية فيها بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها فإن كل منهما واحد ورثا جميعا ميراث ابن حر ، لأن نصفي شيء شيء كامل . ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فإذا كان ثلثا أحدهما حراً وثلث الآخر حراً كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً ، وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما . وإن زاد على حر واحد وكان الجزءان فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية . وإن اختلفا أعطى كل واحد منهما بقدر ما فيه . قال المحرر : قال الأكثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه .

والوجه الآخر : لا تكمل الحرية فيها لأنهما لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحريين ، وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضاً ، والصحيح أن الحرية لا تكمل ههنا ، لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثته بعضهم بالخطاب وتنزيل الأحوال وحجب بعضهم ببعض على مثال تنزيل الخطاب ، وقال أبو يوسف بمعناه ، ومسائل ذلك ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين ، وفي الآخر : لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم تكن عصبة ، ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حريين لكان لكل واحد منهما النصف . ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ، ولو كان الأكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للأصغر ، ولو كان الأصغر وحده حراً كان له كذلك ولكل واحد منهما في الأربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر . فعلى الوجه الأول ينقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباحلة ، وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية .

وفيه وجه آخر : يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين ، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكل واحد من نصفه حر سدس المال وثلثه لمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه ، لأن

لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلاثة في حال فيكون له مالان وثلاثة في ثمانية أحوال فنعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمان وعطى من ثلثه حر ثلثيه وهو تسع ونصف سدس : ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الأول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع . ولو نزلتها بالأحوال أفضى إلى هذا لأن للحر المال في حال ونصفه في حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف — ذلك وهو الربع ، ولو خاطبتها فقلت للحر : لك المال لو كان أخوك رقيقا ، ونصفه لو كان حراً فقد حجبت بحريته عن النصف — فنصفها بحجبتك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع . ويقال للآخر لك النصف — لو كنت حراً : فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع ، ابن ثلثاه حر ، وابن ثلثه حر ، على الأول المال بينهما أثلاثا ، وعلى الثاني الثلث بينهما ، وللآخر ثلث فيكون له النصف — وللآخر السدس ، وقبل الثلثان بينهما أثلاثا ، وبالحطاب تقول لمن ثلثاه حر : لو كنت وحدك حراً كان المال لك ولو كنتما حرين كان لك النصف — فقد حجبت بحريته عن النصف — فثلثها بحجبتك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس . لو كنت حراً فلك بثلثي حرته خمسة أسباع ، ويقال للآخر : بحجبتك أخوك بثلثي حرته عن ثلثي النصف — وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلثي حرته ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان للعصبة إن كان أو ذى رحم فإن لم يكن ففي بيت المال : ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدس في الحطاب والتزويل جميعا ، ومن جمع الحرية أفضى قوله إلى أن له أربعة أخماس المال ولها الخمس فإن كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ، ومن جمع الحرية فيهما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فن جمع الحرية ثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة .

وقال بعض البصريين النصف — بينهما على ثلاثة ، ومن ورث بالتزويل والأحوال قال : للابن المال في حال وثلثاه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف — ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة ، وإن شئت قلت إن قدرناهما حرين فهي من ثلاثة وإن قدرنا للبنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدرنا الابن

وحده حراً فالمال له ، وإن قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب اثنين في ثلاثة
تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة
وثلاثه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال والثالث في حال خمسة
وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فإن لم تكن عصبة جعلت للبنت في
حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلاث فتجعل لها ربع
ذلك وهو الثلث ، فإن كان معها امرأة وأم حرتان كلت الحرية فيهما لحجبا
الأم إلى السدس والمرأة إلى اثنين لأن كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف
الحجب فإذا اجتمعا اجتمع الحجب ، ومن ورث بالاحوال والتزويل قال :
للأم السدس في ثلاثة أحوال والثلث في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلاث
ومن وللرأة اثنين في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو اثنين وربع
اثنان وللأب الباقي في حال وثلاثه في حال فله ربعه وللبنت ثلث الباقي في حال
والنصف في حال فلها ربعه ، وإن لم يكن في المسألة عصبة فللبنت بالفرض والرد
أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان السدس ونصح
المسألة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهماً للأم منها ستون
وللرأة خمسة وأربعون ، وللأب خمسة وثمانون ، وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي
للعصبة ، وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث
فيجعل لها ثلاثة أرباع الباقي .

وقال ابن اللبان : لهما ستة عشر من ثمانية وأربعين لأنها لو كان حريين
لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك
وهذا غلط ، لأنه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه
إياه بجميعها ولو ساغ هذا لكان لهم حال انفردا النصف بينهم من غير زيادة :
ابن وأبوان نصف كل واحد منهم حر إن قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان ، وإن
قدرناه حراً وحده فله المال ، وإن قدرنا معه أحد الأبوين حراً فله خمسة أسداس
فتجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثان فله ثمنها وهو ربع سدس وللاب المال
في حال وثلاثه في حال وسدسها في حالين فله ثمن ذلك ربع وللأم الثلث في حالين

والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة ، وإن عملتها بالبسط قلت ان قدرناهم
أحرارا فهي من ستة ، وإن قدرنا الابن وحده حرا فهي من سهم فكذلك الاب ،
وإن قدرنا الام وحدها حرة أو قدرناهما مع حرية الاب فهي من ثلاثة ، وإن
قدرنا الابن مع الاب أو مع الام فهي من ستة ، وإن قدرناهم رقيقا فالmaal للعصبة
وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الاحوال وهي ثمانية تكن ثمانية وأربعين
وللابن المال في حال ستة وثلاثا في حال أربعة وخمسة أسداسه في حالين عشرة
فذلك عشرون سهما من ثمانية وأربعين وللاب المال في حال ستة وثلاثا في حال
وسدساه في حالين وذلك اثنا عشر وللام الثلث في حالين والسدس في حالين
وذلك ستة وهي الثمن ، وإن كان ثلث كل واحد منهم حرا زدت على الستة
نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من
اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللاب اثنا عشر وهي السدس وللام ستة
وهي نصف السدس ولا تتغير سهامهم وإنما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين ،
وإن كان ربع كل واحد منهم حرا زدت على الستة مثلها ، وقيل فيما إذا كان نصف
كل واحد منهم حرا للام الثمن وللاب الربع وللابن النصف ، ابن نصفه حر وأم
حرة للام الربع وللابن النصف ، وقيل له ثلاثة أنما هو نصف ما يبق ، فإن
كان بدل الام أختا حرة فلها النصف ، وقيل لها نصف الباقي ، لأن الابن يحجبها
بنصفه عن نصف فرضها ، فإن كان نصفها حرا فلها الثمن على هذا القول وعلى
الاول لها الربع ، وإن كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما
نصف السدس ، وإن كان معه عصبة حر فله الباقي كله .

فصل في

ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما في قول الجميع الا الثوري قال
لابن الابن الربع لانه محجوب بنصف الابن عن الربع فإن كان نصف الثاني
حرا فله الربع فإن كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للأعلى النصف
والثاني النصف ، ولأن فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر ، وقال سفيان لا شيء
لثاني والثالث لأن ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فإن كان معهم أخ
حرا أو غيره من العصباء فله الباقي ، وإن كان نصفه حرا فله نصف ما بقي

إلا على القولين الآخرين ، ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر وأخ ثلاثة أرباعه حر ، للأعلى النصف والثاني ثلث الباقي وهو السدس وللأخ ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع ، وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للأخ ، ثلاثة إخوة مفترقين نصف كل واحد حر ، للأخ من الأم نصف السدس وللأخ من الأبوين نصف الباقي وللأخ من الأب نصف الباقي ، وتصح من ثمانية وأربعين : للأخ من الأم أربعة وللأخ من الأبوين اثنان وعشرون وللأخ من الأب أحد عشر ، وعلى القول الآخر للأخ من الأم نصف السدس وللأخ من الأبوين النصف وللأخ من الأب ما بقي ، فإن كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للأخ من الأم وللأخ من الأبوين الربع وللأخ من الأب اثنان والباقي للعصبة ، وعلى القول الآخر الباقي للأخ من الأبوين وحده ، فإن كان نصف البنت حراً فلها الربع وللأخ من الأم ربع السدس وللأخ من الأبوين نصف الباقي وللأخ من الأب نصف الباقي .

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة ، فإن لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لذوي الرحم ، فإن لم يكن فليت المال ، فإن كان معها أم حرة فلها الربع لأن البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وإن كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن ، وإن كان معها أخ من أم فله نصف السدس ، وإن كان معها بنت ابن فلها الثلث . لأنها لو كانت كلها أمة لكان لبنت الابن النصف ، ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبها حررتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس ، وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية ، وإن كان ثلثه حراً فله ثلثه ، وإن كان معها بنت أخرى حرة فلها ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيها ، لأن لها بحرية نصفاً ونصف حرية نصف كالثلثين .

وفي الخطاب والتزويل للحررة ربع وسدس وللأخرى سدس لأن نصف إحداهما يحجب الحررة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس ، والحررة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس ، فإن كان نصفها رقيقاً ومعهما عصبة فلها ربع المال وسدسه بينهما : لأنهما لو كانتا حرتين كان لهما الثلثين ولو كانت الكبرى وحدها

حرة كان لها النصف ، وكذلك الصغرى ، ولو كانتا أمتين كان المال للعصبة
فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس ، وطريقها بالبسط أن
تقول ، ولو كانتا حرتين فالمسألة من ثلاثة ، وإن كانت الكبرى وحدها حرة فهي
من اثنين ، وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حرة ، وإن كانتا أمتين فهي من سهم
فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ، ثم للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثه
في حال سهان في الأحوال الأربعة تكن أربعة وعشرين صار لها خمسة من
أربعة وعشرين ، والآخرى مثل ذلك . والعصبة المال في حال ، والنصف في
حالين والثلث في حال ذلك أربعة عشر سهما من أربعة وعشرين ، ومن جمع الحربة
فيها جعل لها النصف والباقي للعصبة ، وإذا لم يكن عصبة نزلتهما على تقدير
الرد فيكون حكمهما حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ما قلناه . ثلاث
بنات ابن متازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للأولى الربع وللثانية السدس
لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث والثالثة نصف السدس على قول البصريين ،
لأنك تقول للسفلى لو كانتا أمتين كان لك النصف ، ولو كانت إحداها حرة
كان لك السدس ، فينبهما ثلث ، فتحجبك العليا عن ربع والثانية عن نصف
سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة ، فإذا كان نصفك حراً كان لك نصفه ؛
وفي التزويل الثالثة نصف اثنين وثلثه ، وذلك لأننا لو نزلنا كل واحدة حرة
وحدها كان لها النصف ، فهذه ثلاثة أحوال من اثنين اثنين ، ولو كن إماء
كان المال للعصبة ، ولو كن أحراراً كان للأولى النصف وللثانية السدس والثلث
للعصبة ، ولو كانت الأولى والثانية حرتين فكذلك ، ولو كانت الثانية والثالثة
حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة ، فهذا أربعة أحوال من
سته ستة ، والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال لكن ثمانية وأربعين
للعليا النصف في أربعة أحوال اثنا عشر وهي الربع وللثانية النصف في حالين
والسدس في حالين وهي ثمانية ، وذلك هو السدس ، وللثالثة النصف في حال
والسدس في حالين وهو خمسة وهي نصف اثنين وثلثه

وقال قوم : تجمع الحربة فيهن فيكون فيهن حربة ونصف لهن بها ثلث
وربع للأولى ؛ وللثانية ربعان وللثالثة نصف سدس ؛ فإن كان معهن رابعة

كان لها سدس ونصف آخر : ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم ، للتي من قبل الأبوين الربع وللتى من قبل الأب السدس وللتى من قبل الأم نصف السدس ، وللام الثلث لأنها لا تحجب الا يائنين من الاخوة والاخوات ولم تكمل الحرية في اثنين وللعلم ما بقى . وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة . فلام الثلث لما ذكرناه

وقال الخبزي للام الربع وحبها بالجزء ، كما تحجب بنصف البنت . والفرق بينهما ان المحجب بالولد غير مقدر ، بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد . وفي الإخوة مقدر يائنين فلا يثبت بأقل منهما . ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلا وهذا قول ابن اللبان . وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط . وفي الباب اختلاف كثير وفروع قل ما تنفق وقل ما تجي . مسأله الا يمكن عملها بقياس ما ذكرناه . مسأله ، قال (واذا مات وخلف ابنين فافر أحدهما باخ فله ثلث ما في يده وان أقر باخت فلهما خمس ما في يده)

قد ذكرنا في باب الاقرار من يثبت النسب بقوله ومن لا يثبت ، وتذكر هنا ما يستحق المقر به من الميراث اذا لم يثبت نسبه ، فنقول اذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزوم المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده عن ميراثه وهذا قول مالك والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة وأصحابه : يقاسمه ما في يده . لأنه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا ، وكان ما أخذه المنكر تلف أو أخذه يد عادية فيستوى فيما بقى ؛ وقال الشافعي رضي الله عنه وداود : لا يلزمه في الظاهر دفع شيء اليه ، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ؟ على قولين ، أحدهما لا يلزمه ، لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه ، وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء اليه ، ففي قدره وجهان كالْمُذْهِبِينَ الْمُتَقَدِّمِينَ .

ولنا على الشافعي رضي الله عنه أنه أقر بحق لدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فيلزمه ذلك ، كما لو أقر بعمين ، ولأنه اذا علم أن هذا

أخوه فله ثلث التركة ويتعين استحقاقه لها وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه إليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع ، وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لا يمنع وجوب دفعه إليه ، كما لو غصبه شيئا ولم تقم البينة بنصبه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به ، كما لو أقر له بشيء معين ، ولأنه حق يتعلق بمحل مشترك بإقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد الشريكين على العبد بجنايته ، فعلى هذا إذا خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر له ثلث ما في يد المقر وهو سدس المال ، لأنه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفي يدي النصف ، ففضل في يدي لك السدس فيدفعه إليه وهو ثلث ما في يده ؛ وفي قول أبي حنيفة يدفع إليه نصف ما في يده وهو الربع ، وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده لأنه يقول نحن أخوان وأخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي ، فيدفع إليها خمس ما في يده ، وفي قولهم يدفع إليها ثلث ما في يده .

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ثبت نسبه ، سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ، وبهذا قال النخعي والشافعي (رضى) وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح . لا يثبت نسبه ، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب إلا بإقرار ابنين ، ذكرين كانا أو أنثيين ، عدلين أو غير عدلين ، ونحوه عن مالك . وروى ابن اللبان قال أشعث بن سوار عن رجل من أهل المدينة قال : جاء رجل وأخته إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعهما صبي فقالا هذا أخونا ، فقال لا الحق بأبيكما من لم يقر به

ولنا أن عبد الله بن زمعة ادعى نسب ولد وليدة أبيه وقال : هذا أخي ولد على فراش أبي ، فقبل النبي صلى الله عليه وسلم قوله وأثبت النسب به ؛ ولأن الوارث يقوم مقام موروثه ، بدليل أنه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب ، ولأن الوارث يخلف الموروث في حقوقه وهذا منها ، ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه إليه ، إلا أن يكون المقر به بسقط المقر ، كأخ يقر بإبن أو ابن ابن أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين ، فإن

الشافعي في ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لئلا يكون إقراراً من غير وارث
فثبت ميراثه بفضي الى سقوط نسبه وميراثه

ولنا أنه إقرار من ككل الورثة ثبت به النسب بن يرث لو ثبت نسبه بغير
إقراره فيجب أن يرث كما لو لم يسقطه . ولأنه ابن ثابت النسب لم يمنع إرثه مانع
متفق عليه ، أشبه ما لو ثبت بيته ، والاعتبار بكونه وارثاً حالة الإقرار أو بكونه
وارثاً لولا الإقرار ؛ بدليل أنه لو اعتبر الحال الثاني لم يثبت النسب إذا أقر بمشارك
في الميراث ، لأنه يكون إقراراً من بعض الورثة . فإن قالوا إنما ثبت لأن المقر به
أيضاً مقر بنفسه مدخ لنسبه ، قلنا ومنها مثله فاستويا

فصل

إذا خلف إنا واحداً فأقر بأخ من أيه دفع إليه نصف ما في يده في قول
الجميع ، فإن أقر بعد بأخر فاتفقا عليه دفعا إليه ثلث ما في أيديهما في قول
الجميع ، فإن أنكر المقر به ثانياً المقر به الأول لم يثبت نسبه ، قال القاضي : هذا مثل
للعمامة ، تقول أدخاني أخرجك ، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما لأنه
لم يقر له بأكثر منه .

وقال الشافعي رضي الله عنه : يلزم المقر أن يقر له نصف التركة لأنه أتلفه عليه
بإقراره الأول . ويحتمل أن لا يبطل نسب الأول لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة
حال الإقرار . فإن لم يصدق به الأول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع إليه المقر ثلث
ما بقي في يده لأنه الفضل الذي في يده ، ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لأنه
فوته عليه بدفع النصف الى الأول وهو يقر أنه لا يستحق الا الثلث ، وسواء دفعه
إليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لأن إقراره علة حكم الحاكم ، وسواء علم بالحال عند
إقراره الأول أو لم يعلم لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف ، وحكي نحو
هذا عن شريك ، ويحتمل أنه ان علم بالثاني حين أقر بالأول وعلم أنه إذا أقر به
بعد الأول لا يقبل ضمن لتفويته حق غيره بتفريطه ، وإن لم يعلم لم يضمن لأنه لم
يجب عليه الإقرار بالأول إذا علمه ، ولا يحوجه الى حاكم ، ومن فعل الواجب فقد
أحسن وليس بخائن فلا يضمن ، وقيل هذا قياس قول الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده

لأن حكم الحاكم كالأخذ منه كرها ، وإن دفعه بغير حاكم دفع إلى الثاني ثلث جميع المال لأنه دفع إلى الأول ما ليس له تبرعا ، ولنا على الأول : أنه أقر بما يجب عليه الإقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الإمام يد السارق فسرى إلى نفسه ، وإن أقر بعدهما بثالث فصدقاؤه ثبتت نسبته وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم إذا كان مع كل واحد ثلث المال وإن كذبا لم يثبت نسبته وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها ، وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة .

(فصل)

ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار ثم تضرب ما للمقر من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار إذا كانتا متباينتين وتضرب ما للنكر في مسألة الإنكار في مسألة الإقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فإن لم يكن في يده فضل فلا شيء للمقر له كثلاثة أخوة مفترقين أقر الأخ من الأم باخ أو أخت فلا شيء للمقر له لأنه يقر على غيره وسواء أقر باخ من أم أو غيره ، وعند أبي حنيفة إن أقر باخ من أم فله نصف ما في يده ، وإن أقر باخ من أبوين فللمقر به خمسة أسباع ما في يده ، وإن كن ثلاث أخوات مفترقات فأقرت الأخت من الأم باخ فإن كان في المسألة عصبه فلا شيء له ، فإن لم يكن به عصبه فله سدس ما بقي في يدها ، لأن مسألة الإنكار من خمسة ، والإقرار من ستة إذا ضربت أحدهما في الأخرى كانت ثلاثين لها سهم من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار ستة ولها في الإقرار خمسة بفضل في يدها سهم فهو للأخ من أي جهة كان ، وإن أقرت الأخت من الأب باخ لها صحت من تسعين لها عشرة وبفضل لأخيها ثمانية .

وإن أقرت باخ من أبوين دفعت إليه جميع ما في يدها ، وإن أقرت باخ من أم أو بأم للبيت أو جدة أو بعصبه فله سدس ما في يدها ، وإن خلف أربع أخوات من أب وعم فآقر الأخوات باخ لهن فلا شيء له ، وإن أقرن باخت من أبوين دفعت إليها ثلاثة أرباع ما في أيديهن ، وإن أقرن باخت من أب فلها خمس ما في أيديهن وأبنتهن أقرت وحدها دفعت إليها عما في يدها بقدر ذلك ،

وان اقرت احدهما باخ واخت مسألة الاقرار من سبعة والانكار من ستة تضرب احدهما في الاخرى تكن اثنين واربعين لها سهم في ستة وفي يدها سبعة بفضل في يدها سهم لهما ، وان اقر الاربع بهما فضل لهما اربعة أسهم فان كان المقر بهما يتصادقان اقتسما بينهما اثلاثا فان تخاذا فلا شيء للاخ لانه يقر أنه لا حق له في الثلثين ويكون المقر به للاخت لانها تدعى خمس الثلثين ، وان جحدته ولم يجحدها لم يلتفت الى جحدها لاقرار الاخوات المعروقات ، وان جحدها ولم تجحده احتمل أن يكون المقر به لها لاقراره بانه لا يستحق شيئا من الثلثين وكونها تدعى من الثلثين مثل هذه الفضلة ، ويحتمل أن لا تستحق الا ثلث اربعة أسهم لاقرارها بها للاخ ، والاول اولى ان شاء الله تعالى .

وان اقر العم باخت او اخوات من اب او ابوين فلا شيء لهما ، وان اقر باخ او اخت من ام او بام او جدة فللمقر له السدس ، وان اقر باخ من ابوين او من اب او بابنين من ولد الام فلهم جميع ما في يده ، وان خلف أما وأخا من ابوين فاقرت الام باخ من ام او من ابوين فله السدس وهو نصف ما في يدها ، وان اقرت باخ من اب فصدقها الاخ من الابوين فله السدس وهو نصف ما في يدها ولا شيء للمقر له ، وان لم يصدقها فقد اقرت له بما لا يدعيه فيحتمل ان يقر في يدها ولا يصح اقرارها ويحتمل ان يصطلحا عليه لانه لا يخرج عنهما وقد اشكل امره ، ويحتمل ان يكون لبيت المال لانه مال لم يثبت له مستحق ولا يدعيه احد فان اقر الاخ باخ له من ابوين فله ثلاثة اثمان ما في يده لان مسألة الاقرار من اثني عشر له منها خمسة وفي يده ثمانية فالفاضل في يده ثلاثة .

(فصل) اذا خلف ابنين فأقر الاكبر بأخوين فصدقهما الاصغر في احدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة . ومسألة الاقرار اذا من ثلاثة ، ومسألة الانكار من اربعة فتضرب مسألة الاقرار في مسألة الانكار تكن اثني عشر للاصغر سهم من مسألة الانكار في مسألة الاقرار اربعة وللاكبر سهم في مسألة الانكار ثلاثة وللمتفق عليه ان اقر بصاحبه مثل سهم الاكبر وان انكر مثل سهم الاصغر ، وذكر ابو الخطاب ان المتفق عليه ان صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر الا ربع ما في يده لانه لا يدعى اكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من

الأكبر نصف ما بيده فتصح من ثمانية المنكر ثلاثة أمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم .

وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي رضي الله عنه ، وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعى الزيادة فوجب دفعها إليه ، ونظير هذا ما لو ادعى إنسان داراً في يد رجل فآقر بها غيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعى فإنها تدفع إليه .

وقد رد الحنبري على ابن اللبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أمان وهو لا يدعى إلا الثلث وقد حضر من يدعى هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها إليه ، قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي بيد المقر بها فيقسمانه أثلاثاً وتصح من تسعة للمنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان ، وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا . ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لأن المقر بها والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان ، وقيل يدفع الأكبر إليها نصف ما في يده وبأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث ما في يده فيحصل للأصغر الثلث وللأكبر الربع وللمتفق عليه السدس والثلث وللخلف فيه الثمن ، وتصح من أربعة وعشرين للأصغر ثمانية وللمتفق عليه سبعة وللأكبر ستة وللخلف فيه ثلاثة ، وفيها أقوال كثيرة سوى هذا .

فصل . وإذا خلف ابنا فآقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما ، وإن نجاحدا فكذلك في أحد الوجهين . لأن نسبهما ثبت بإقرار من هو كل الورثة قبلهما ؛ وفي الآخر لا يثبت لأن الإقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، وإن صدق أحدهما بصاحبه وجعده الآخر ثبت نسب المتفق عليه ، وفي الآخر وجهان ، ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما بقي في يده .

(فصل) ولو خلف ثلاثة بنين فآقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه أحد أخويه في الأخ والآخر في الأخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما إليهما ثلث ما في يده

ويدفع المقر بالأخ إليه ربع ما في يده ويدفع المقر بالأخت إليها سبع ما في يده فاصل المسألة ثلاثة أسهم ، سهم المقر يقسم بينه وبينهما على تسعة فله ستة ولهما ثلاثة ، وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة : له ثلاثة ولأخيه سهم . وسهم المقر بالأخت بينه وبينهما على ستة له خمسة ولها سهم وكلاهما متباينة فاضرب أربعة في سبعة في تسعة في أصل المسألة تكن سبعمائة وستة وخمسين للمقر بهما ستة في أربعة في سبعة ، مائة وثمانية وستون وللمقر بالأخت ستة في أربعة في تسعة مائتان وستة عشر ، وللمقر بالأخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة وتسعة وثمانون وللأخ المقر به سهمان في أربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في ستة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر وللأخت سهم في أربعة في سبعة ثمانية وعشرون وسهم في أربعة في تسعة ستة وثلاثون يجتمع لها أربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاوذهما لأنه لا فضل في يد أحدهما عن ميراثه ، ولو كان في هذه المسألة ابن رابع لم يصدق في واحد منهما كان أصل المسألة من أسهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم يفرد به الجاحد فتصح المسألة من ألف وتسعمائة وثمانين سهمًا وطريق العمل فيها كالتي قبلها .

(فصل)

إذا خلف بنتا وأختا فأقرتا لصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الأخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الأخت لا غير ، وهذا قول ابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن واللؤلؤى ويحيى بن آدم تخييط كثير بطول ذكره ، وإن خلف امرأة وبنتا وأختا فأقررن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة ، وقالت البنت هي بنت ، وقالت الأخت هي أخت ، فقال الخبري تعطى ثلث المال لأنه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات على حسب إقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الأخت بأربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسألة في خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح فإذا بلغت الصغيرة فصدقت أحدا من أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته عما لا تستحقه ، وهذا قول أبي حنيفة ، وقال ابن أبي ليلى

يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت أحداً من أمكت ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها ، وهذا القول أصوب إن شاء الله تعالى ، لأن فيه احتياطاً على حقها .

ثلاثة أخوة لأب ادعت امرأة أنها أخت الميت لأبيه وأمه فصدقها الأكبر ، وقال الأوسط هي أخت لأم ، وقال الأصغر هي أخت لأب فإن الأكبر يدفع إليها نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده . وتصح من مائة وستة وعشرين لأن أصل مسألتهم ثلاثة فسأله الأكبر من اثنين والثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ، ومن الأصغر سبعة ستة صار لها أربعة وثلاثون ، وهذا قياس قول ابن أبي ليلى .

وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الأصغر فيضم نصفه إلى ما بيد أحدهما ونصفه إلى ما بيد الآخر ويقاسم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة إلى ما بيد الأكبر ويقاسمه ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله سبعة فأجعل في يد الأصغر أربعة عشر ليكون لسبعة نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الأصغر سبعة وهو ستة وعشرون تضم إلى ما بيد كل واحد من أخوته ثلاثة عشر فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الأوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة وأربعون تضمها إلى ما بيد الأكبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أرباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للأوسط مائة وخمسون وللأصغر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى سدسها وهو أحد وتسعون .

(فصل) وإذا خلف أبنا فأقر بأخ ثم جحدته لم يقبل جحدته ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده . فإن أقر بعد جحدته بأخراً احتمل أن لا يلزمه له شيء لأنه لا فضل في يده عن ميراثه ، وهذا قول ابن أبي ليلى . فإن كان لم يدفع إلى الأول شيئاً لزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده ولا يلزمه للأخ شيء . ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني لأنه فوته عليه ، وهذا قول زفر وبعض البصريين

ويحتمل أن يلزمه ثلث ما في يده للثاني لأنه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كالأول من غير جحد الأول وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال أهل العراق إن كان دفع إلى الأول بقضاء دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده وإن كان دفعه بغير قضاء دفع إلى الثاني ثلث جميع المال ، وإن خلف ابنين فافر أحدهما بأخ ثم جحدته ثم أقر بأخ لم يلزمه للثاني شيء لأنه لا فضل في يده ، وعلى الاحتمال الثاني يدفع إليه نصف ما بقي في يده وعلى الثالث يلزمه ربع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الأول في المسألة الأولى دون الثاني .

فصل في رجل وخلف

إذا مات رجل وخلف ابنين فمات أحدهما وترك بنتاً فافر الباقي بأخ له من أبيه ففي يده ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعاً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به ، وإن أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس بفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له ، وهذا قول ابن ليلي ، وقال أبو حنيفة : إن أقر الأخ دفع إليه نصف ما في يده ، وإن أقرت البنت دفعت إليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها تزعم أن له ربعاً وسدساً وهو خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهران فيصير الجميع سبعة لها منها سهران وله خمسة ، بنتان وعمر ماتت إحداهما وخلفت ابناً وبنتاً فأقرت البنت بخالة فقريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين ولها منها سهران وفي يدها ثلاثة فتدفع إليها سهران ، وإن أقر بها الابن دفع إليها سهران : وإن أقرت بها البنت الباقية دفعت إليها التسع ، وإن أقر بها العم لم يدفع إليها شيئاً .

وإن أقر الابن بخال له فمسألة الاقرار من اثني عشر له منها سهران وهما السدس بفضل في يده نصف تسع ، وإن أقرت به أخته دفعت إليه ربع تسع ، فإن أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع إليه نصف السدس ، وإن أقر به العم دفع إليه جميع ما في يده . ابنتان ماتت أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لأبيه فقريضة الانكار من أربعة للبقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة

الاقرار من اثنين وسبعين للمقر منها أربعون يفضل في يد، أربعة عشر سهما يدفعها الى المرأة التي أقر لها، وترجع بالاختصار الى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللقر لها سبعة. ومذهب أبي حنيفة تعمل كذلك الا أنه يجمع سهام الأم وهي سبعة عشر الى سهام المقر وهي أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين في أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فللبنت سهم في سبعة وخمسين وللقر أربعون في ثلاثة تكن مائة وعشرين وللأم سبعة عشر في ثلاثة أحد وخمسون. وان أقرت بهما البنت فلها من فريضة الاقرار خمسة عشر سهما وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها الى المقر لها، وان أقر الابن بزوجته لأبيه وهي أم الميت الثاني فسأله الاقرار من ستة وتسعين لها منها ستة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع يفضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختصار الى اثني عشر لأن سهامهم كلها تنفق بالاثمان فيكون للمقر سبعة وللقر لها سهران وللبنت ثلاثة، وفي قول أبي حنيفة تضم سهام المقر لها وهي تسعة عشر الى سهام المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة الأرباع وهما يتفقان بالاثلاث فترجع السهام الى ثلثها خمسة وعشرون تضربها في أربعة تكن مائة للبت سهم في خمسة وعشرين وللرأة تسعة عشر في سهم وللقر ستة وخمسون، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له

أبوان وابنتان اقتسموا التركة ثم أقروا ببنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة أبي فالفريضة في الاقرار من ثمانية عشر للأبوين ستة ولكل بنت أربعة فأسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للأبوين منها ستة، وإنما أخذنا ثلث الأربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلثا سهم فيبقى لها في يد البنتين سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين وأربعين فقد أخذ الأبوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة يأخذانها منهما ويبقى للابنتين أربعة وعشرون، وإن قالت قد استوفيت نصيبي فأسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد أخذنا ثلثا خمسة وثلثا

ويبقى لها ثلثا سهم فإذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية وأربعين قد أخذوا منها ستة عشر يبقى لها سهمان .

(فصل) إذا أقر بعض الورثة من أعيلى له المسألة بمن يعصبه فيذهب العول مثل مسألة فيها زوج وأختان أقرت إحداهما بأخ لها فاضرب مسألة الإقرار وهي ثمانية في مسألة الإنكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة سهمان في مسألة الإقرار ستة عشر والمقرة سهم في مسألة الإنكار سبعة يفضل في يدها تسعة أسهم فيسأل الزوج فإن أنكر أعطى ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون ودفعت المقررة إلى المقر له ما فضل في يدها كله ، وإن أقر الزوج به فهو يدعى أربعة والأخ يدعى أربعة عشرة فتجمعها تكن ثمانية عشر وتقسّم عليها التسعة فتدفع إلى الزوج سهمين وإلى الأخ سبعة ، فإن أقرت الأختان به وأنكر الزوج دفع إلى كل أخت سبعة وإلى الأخ أربعة عشر ، ويبقى أربعة بقران بها للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : أن تقر في يد من هي في يده لأن إقراره بطل لعدم تصديق المقر له . والثاني : بصطلح عليها الزوج والأختان له نصفها ولها نصفها لأنها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للأخ لأنه لا يحتمل أن يكون له فيها شيء بحال .

الثالث : يؤخذ إلى بيت المال لأنه مال لم يثبت له مالك ، ومذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في الصورة الأولى أن أنكر الزوج أخذت المقررة سهميها من سبعة فتقسم بينهما وبين أختها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن أحدا وعشرين لها منها ستة لها سهمان ولاختها أربعة ، وإن أقر الزوج ضم سهامه إلى سهميها تكن خمسة واقسمها بينهما على سبعة للزوج أربعة وللأخ سهمان وللأخت سهم ثم تضرب سبعة في سبعة تكن تسعة وأربعين ، ومنها تصح للمنكرة سهمان في سبعة أربعة عشر وللزوج أربعة في خمسة وللأخ سهمان في خمسة والمقرة سهم في خمسة .

فإن خلفت أمّا زوجها وأختا من أب فأقرت الأخت بأخ لها فمسألة الإنكار من ثمانية ومسألة الإقرار من ثمانية عشر ويتفقان بالانصاف فاضرب نصف إحداهما في الأخرى تكن اثنين وسبعين للأم ثمانية عشر ، وفي يد المقر سبعة وعشرون ولها من مسألة الإقرار ثمانية يفضل في يدها تسعة عشر فيسأل الزوج

فإن أنكر الأخ ستة عشر وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة ، وإن أقر
 فهو يدعى تسعة لأنه يدعى تمام النصف والأخ يدعى ستة عشر فتقسم التسعة إلى
 الستة عشر تكن خمسة وعشرين والتسعة عشر لأنوافقها فتضرب خمسة وعشرين
 في اثنين وسبعين تكن ألفاً وثمانمائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب
 في خمسة وعشرين ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر
 وسئل المغيرة الضبي عن هذه المسألة فأجاب بهذا ، وذكر أنه قول الزحفي ،
 قال يحيى بن آدم . وهي في قول حماد وأبي حنيفة من عشرين سهماً يعني للأم
 ربعها خمسة والباقي بين الزوج والأخ والأخت على قدر سهامهم من فريضة
 الإقرار ، للزوج تسعة وللأخ أربعة والأخت سهمان ، وإن صدقتها الأم وحدها
 دون الزوج أعطيت الأم السدس والأخ والأخت الثلث بينهما على ثلاثة وللزوج
 ثلاثة أثمان ويبقى اثنين به الأوجه الثلاثة .

(فصل)

وإن أقر وارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها
 في مسألة فيها زوج وأخت من أبوين أو أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها
 ويقسم المال بين الزوج والأخت نصفين إن صدقها في الصورة الأولى ، وفي الثانية
 للزوج النصف والباقي بين الأخ والأخت على ثلاثة ، وإن كذبها فالقرب به هو
 السبع ففيه الأوجه الثلاثة في الصورة الأولى ويدفع إلى الأبوين في الصورة الثانية
 وإن خلفت زوجاً وأماً وأختين لأم وأختين لأب فأقرت أحدهما بأخ لها سقط
 ميراثها ولا شيء للأخ وللأخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثة على ستة
 إن أقرت فاضرب ستة في خمسة تكن ثلاثين ، وإن أنكرت الأم فلها العشر
 أيضاً والباقي بين الزوج والأختين من الأم على خمسة ، وإن أنكرته الأختان
 من الأم فلهما الخمس أيضاً والباقي كله للزوج ونصف من عشرة ، وإن أنكره الزوج
 فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا بدعيه أحد يقرون به للأخت المقررة وهي
 تقر به لهم ففيه الأوجه الثلاثة ، إلا أننا إذا قلنا يقسم بينهم فلا شيء فيه للأخت
 المنكرة ولا للقرب به بحال لأنه لا يحتمل أن يكون لهما شيء بحال .

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت وصدقهما ثبت نسبه وأخذ ميراثه ، وإن أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر إقرارها شيئا وإن صدقها الآخر وحده فللمرأة الربع بكامله إلا أن يميز الوصية وللمعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصى ، وإن صدقها العم ولم يصدقها الوصى فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه فقيه الأوجه الثلاثة ، وإن أقر به العم وحده فصدقته الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال والمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لأن الموصى له يعترف بطلان الوصية أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها ، ويحتمل أن يكون فيه الأوجه الثلاثة ، وإن لم يصدقها أخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث ويبقى النصف — فيه الأوجه الثلاثة .

• مسأله ، قال (والقاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أو خطأ)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه ، وهو رأى الخوارج لأن آية الميراث تتناولهم بعمومها فيجب العمل بها فيه ، ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه ، فإن عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه ، وكان حذفه بسيفه فقتله ، واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تنكر فكانت إجماعاً ، وقال عمر سمعت رسول الله (ص) يقول : ليس للقاتل شيء ، رواه مالك في موطئه والإمام أحمد بإسناده : وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم نحوه ، رواه ابن اللبان بإسناده ، ورواهما ابن عبد البر في كتابه .

وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس للقاتل ميراث ، رواه الإمام أحمد بإسناده ، ولأن تورث القاتل يفضي إلى تكثير القتل لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الإسماعيلي

الذي قتل عمه ، فأنزل الله تعالى فيه قصّة البقرة ، وقيل ما ورث قاتل بعد عاميل ، وهو اسم القاتل .

وأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضا ، نص عليه أحمد ، ويروى ذلك عن عمر وعلى وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس . وروى نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم : وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشافعي . ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي . وورثه قوم من المال دون الدية . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والأوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود ، وروى نحوه عن علي لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة ، تخصص قاتل العمد بالاجماع فوجت القاء على الظاهر فيما سواه .

ولنا الأحاديث المذكورة ، وإن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمومات مخصصة بما ذكرناه

(فصول)

والقتل المانع من الارث هو القتل بغير حق ، وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة ، كالعمد وشبه العمد ، والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسب ، وقتل الصبي والمجنون والنائم ، وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم يمنع الميراث ، كالقتل قصاصا أو حداً أو دفعا عن نفسه ، وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة مولاه بما له فعله من سقي دواء أو ببط جراح فمات ، ومن أمره إنسان عاقل كبير ببط خراجه أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثه في ظاهر المذهب .

قال أحمد : إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجها مع الناس يرثونها ، ثم غير قتله ، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله : لا يرث العادل الباغي ولا يرث الباغي العادل وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث ، ولأنه قاتل ، فأشبه الصبي والمجنون .

وقال أبو حنيفة وصاحبه : كل قتل لا مآثم فيه لا يمنع الميراث ، كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقاندها وراكبها إذا قتلت يدها أو فيها فإنه يرثه لأنه قتل غير متهم فيه ولا مآثم فيه . فأشبه القتل في الحد .

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن ففيما عداه يبقى على مقتضاها ، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ .

ولنا على الشافعي : أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختباره فأفضى إلى تلهه ، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضى إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن إعدام النفس المعصومة ، وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضى إلى إيجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الأصل ، ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لأنه قتل محرم وتقويت نفس معصومة والتوريث يفضى إليه بخلاف مسألتنا .

إذا ثبت هذا فالشارك في القتل في الميراث كالمفرد به لأنه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلماً فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لأنه غير مضمون .

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر سقط القصاص عن الأكبر لأن ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصفين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع إليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الأصغر ويرثه في ظاهر المذهب فإن اقتصر منه ورثه ويرث إخوته الثلاثة ، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر سقط القصاص عن القاتل الأول ووجب على القاتل الثاني لأن الأول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه ، فلما قتل الثاني أمه ورثها قاتل الأب نصار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب ، وإن جرح أحدهما أباه والآخر أمه وماتتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل

واحد منها مال الذي لم يقتله ولكل واحد منها القصاص على صاحبه ، وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على أخيه إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان : وإن عفا أحدهما عن الآخر فلا آخر قتل العاق ويرثه في الظاهر وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر عنه : ويحتمل ألا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله ، لأن القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقطا فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفى منها معتدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله .

وان أشكل كيفية موت الابوين ، وادعى كل واحد منهما أن قتله أولها موتا خرج في توريثهما ما ذكرناه في الفرقى من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ، ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كاتى قبلها ، ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الآخر وماله

• مسألة ، قال (ولا يرث مسلم كافراً ولا كافر مسلماً إلا أن يكون معتقاً
فياخذ ماله بالولا .)

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم . وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر . يروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم ، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهرى وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل

وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يرثوا الكافر من المسلم . وحكى ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر وإسحاق وليس بموثوق به عنهم ؛ فان أحمد قال : ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر ، وروى أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال حدثني أبو الأسود

أن معاذاً حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الإسلام يزيد ولا ينقص ، ولا تنا تكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثوننا .

ولنا ما روى أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ، متفق عليه . وروى أبو داود بإسناده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله (ص) : لا يتوارث أهل ملتين شتى ، ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كالا يرث الكافر المسلم .

فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلّم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلّم ، وعلى أن حديثهم يحمل وحديثنا مفسر ، وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فتعين تقديمه . والصحيح عن عمر أنه قال : لا نرث أهل الملل ولا يرثوننا ، وقال في عمة الأشعث : يرثها أهل دينها ، فأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه فسنذكره في باب الولاء إن شاء الله تعالى

(فصل)

فأما الكفار فيتوارثون إذا كان دينهم واحداً ، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا يرث المسلم الكافر ، دليل على أن بعضهم يرث بعضاً . وقوله : لا يتوارث أهل ملتين شتى ، دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضاً . وقول النبي صلى الله عليه وسلم : وهل ترك لنا عقيل من دار ؟ ، دليل على أن عقيلاً ورث أبا طالب دون جعفر وعلى ، لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقيماً بمكة فباعه بمكة ، فلذلك لما قيل للنبي صلى الله عليه وسلم : أين تنزل غداً ؟ قال : وهل ترك لنا عقيل من ربيع ، وقال عمر في عمة الأشعث بن قيس : يرثها أهل دينها ، فإن اختلفت أديانهم فاختلف عن أحمد فروى عنه . أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً . رواه عنه حرب واختاره الحلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن تورث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكر أعاما

فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم ، ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم وروى عن أحمد أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضا اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم ، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم ، لا يتوارث أهل ملتين شتى ، ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ، ولم نسمع عن أحد نصريحا بذكر أقسام الملل .

وقال القاضي أبو يعلى : الكفر ثلاث ملل : اليهودية والنصرانية ودين من عدايم ، لأن من عدايم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم . وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيعة . وروى ذلك عن مالك . وروى عن النخعي والثوري القولان معا ، ويحتمل كلام أحمد رضي الله عنه أن يكون الكفر مللا كثيرة فتكون المجوسية ملة وعبادة الأوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا ، روى ذلك عن علي ، وبه قال الزهري وربيعه ، وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة وإسحاق ، وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي (ص) ، لا يتوارث أهل ملتين شتى ، ولأن كل فريقين منهم لا موالات بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التوريت مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس . ولأن مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام مع اتفاقهم في الملة لانقطاع الموالات مع اختلاف الملة أولى . وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فإن هذا وصف عديم لا يقتضى حكما ولا جمعا . ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد افرق حكمهم فإن المجوس بقرون بالجزية وغيرهم لا يفر بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى . وقد روى ذلك عن علي رضي الله عنه فان اسماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام ، أنه جعل الكفر مللا مختلفة ، ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون إجماعا .

(فصل) وقياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت

ديارهم لأن العمومات من النصوص تقتضى تورثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس ، فيجب العمل بعمومها ، ومفهوم قوله عليه السلام لا يتوارث أهل ملتين شتى ، أن أهل الملة الواحدة يتوارثون ، وضبطه بتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التورث بالملة ، والكفر والإسلام دليل على أن الإخبار به دون غيره ، ولأن مقتضى التورث موجود فيجب العمل به ما لم يبق دليل على تحقق المانع : وقد نص أحمد في رواية الأثرم ، فيمن دخل النسا بأمان فقتل أنه يبعث بدبته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة .

وقد روى ، أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد جلين في طريقه من الحى الذى قتلوه وكانا أتبا النبي (ص) في أمان ولم يعلم عمرو وقتلهم ، فودعهما النبي (ص) ، ولا شك في أنه بعث بدبتهما إلى أهلها وقال القاضي قياس المذهب عندى : أنه لا يرث حربى ذميا ولا ذمى حربيا لأن الموالاة بينهما منقطعة ، فأما المستامن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الإسلام ، بهذا قال الشافعى رضى الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة إلا أن المستامن لا يرثه الذمى لأن دارها مختلفة .

قال القاضي : ويرث أهل الحرب بعضهم بعضا سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت ، وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لأنهم لا موالاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطا للتورث وعدمه ولا نعلم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النص المقتضى للتورث ولم يعتبروا الدين في اتفاه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبرة فيها فإن المسلمين يرث بعضهم بعضا : وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار ، ولا يرث المسلم كافرا ولا الكافر مسلما لاختلاف الدين بهم ، وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئا .

، مسأله ، قال (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث) لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن المرتد لا يرث أحداً ، وهذا قول مالك .

والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا يرث مسلماً لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث كافر مسلماً ، ولا يرث كافراً لأنه يخالفه في حكم الدين لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه ولهذا لا تحل ذيبته ولا نكاح نسائهم ، وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى ، ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر ، فإن المرتد لا يرث ولا يورث وإن رجع المرتد إلى الإسلام قبل قسم الميراث قسم له على ما سذكروه في المسألة التي بعدها إن شاء الله تعالى .

(فصل) والزنديق كالمترد فيما ذكرنا ، والزنديق هو الذي يظهر الإسلام ويستتر بالكفر وهو المنافق كان يسمى في عصر النبي صلى الله عليه وسلم منافقاً ويسمى اليوم زنديقاً ، قال أحمد : مال الزنديق في بيت المال .

(فصل) إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ، ولم يرث أحدهما الآخر ، وإن كانت رده بعد الدخول ففيه روايتان .
إحداهما . بتعجل الفرقة ، والآخرى : يقف على انقضاء العدة وأيهما مات ثم يرثه الآخر :

« مسألة ، قال (وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له) »

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم ، فنقل الأثر عن محمد بن الحكم أنه يرث ، وروى نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود ، وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحيد وإياد ابن معاوية وإسحاق .

فعل هذا إن أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي ، وبه قال الحسن ، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت الموارث لأهلها ، وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهرى وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنه وعامة الفقهاء لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث الكافر المسلم ،

ولأن الملك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا
ولأن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقاً فأعتق
أو كما لو بقي على كفره .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : من أسلم على شيء فهو له ، رواه سعيد من
طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي (ص) ، وروى أبو داود بإسناده
عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) : كل قسم قسم في الجاهلية فهو على
ما قسم وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام .

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري : أن إنساناً
من أهله مات على غير دين الإسلام فورثته أختى دونى وكانت على دينه ثم أن
جدي أسلم وشهد مع النبي صلى الله عليه وسلم حيناً فتوفى فلبثت سنة وكان ترك
ميراثاً ثم أن أختي أسلمت لمخاضمي في الميراث الى عثمان رضى الله عنه فحدثه
عبد الله بن أرقم أن عمر قضى : أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه
فقضى به عثمان فذهبت بذلك الأول وشاركتني في هذا ، وهذه قضية انتشرت
فلم تنكرف كانت إجماعاً لأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته
لثبت له الملك فيه ، ولو وقع إنسان في بئر حفرها لتعلق ضمائه بتركته بعد موته
لجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيباً في الإسلام وحاشا عليه ،
فأما إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له ، وإن كان الوارث
واحداً فإذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها .

(فصل) ومن كان رقيقاً حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث ،
نصر عليه أحمد رضى الله عنه في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الإسلام والعق
وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، وروى عن ابن مسعود أنه سئل
عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال له ميراثه .

وحكى عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لأن المانع من
الميراث زال قبل القسمة فأشبه ما لو أسلم ، قال أبو الحسن التميمي يخرج على قول
من ورث المسلم أن يورث العبد إذا أعتق وليس بصحيح فإن الإسلام قرينة وهو
أعظم الطاعات ، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها فورد الشرع بتورثه ترغيباً له

في الإسلام وحشا عليه والعق لا صنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يضح قياسه عليه ولولا ما ورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لأن الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء ، لكن خالفناه في الإسلام للأثر ، وليس في العق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الأثر فيبقى على موجب القياس .

« مسألة ، قال (ومتى قتل المرتد على ردة فماله في) »

اختلفت الرواية عن أحمد في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردة فروى عنه أنه يكون فينا في بيت مال المسلمين ، قال القاضي هو صحيح في المذهب ، وهو قول ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي رضي الله عنه وأبى ثور وابن المنذر ، وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين ، وروى ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والأوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل العراق وإسحاق ، لأن الثوري وأبا حنيفة والولولون وإسحاق قالوا : ما اكتسبه في ردة يكون فينا . وقد يفرق أصحابنا بين تلاح ماله وطارفه ، ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال : بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين ، ولأن ردة ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كالو . انتقل بالموت .

وروى عن أحمد رواية : أن ماله لأهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه والا فهو في . ، وبه قال داود ، وروى عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربي ومائر الكفار ، والمشهور الأول ، أقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، وقوله لا يتوارث أهل ملتين شتى ، ولأنه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلي ، ولأن ماله مال مرتد فاشبه الذي كسبه في ردة ، ولا يمكن جعله لأهل دينه لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان ، ولأنه يخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر على ما انتقل إليه

ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل نكاحه إن كان امرأة ، فأشبه الحربى مع الذمى .
فإن قيل : إذا جعلتموه فينا فقد ورثتموه للمسلمين ، قلنا لا يأخذونه ميراثا بل
يأخذونه فينا كما يؤخذ مال الذمى إذا لم يخلف وارثا وكالعشور .

(فصل) والزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث . وقال مالك في الزنديق الذى
ينهم بزي ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره
الموت قال وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالتى يطلقها زوجها فى
مرض موته لبحرمها الميراث لأنه فار من ميراث من انعقد سبب ميراثه فورثه
كالمطلقة فى مرض الموت .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، لا يرث المسلم الكافر ، وقياس المذهب
أن أحد الزوجين إذا ارتد فى مرض موته يرثه الآخر لأنه فعل ما يفسخ النكاح
فى مرض موته فأشبه الطلاق وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها ، ويخرج فى ميراث
سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف : إذا
ارتدت المريضة فماتت فى عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها .
وروى الثوري عن أبي حنيفة إذا ارتد الرجل وقتل على ردة الحق بدار الحرب
بانت منه امرأته فإن كانت مدخولا بها ورثته إذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها ،
وإن كانت غير مدخولا بها بانت ولم ترثه ، وإن ارتدت المرأة من غير مرض
فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندهم لا تقتل فلم تكن فارة من ميراثه بخلاف الرجل

فصل

وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما فى فسخ نكاحهما وعدم ميراث
أحدهما من الآخر سواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الاسلام ، وبهذا قال
مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : إذا ارتدا معاً لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا
لان المرتد لا يرث المرتد ما دام فى دار الاسلام فإن لحق بدار الحرب توارثا
ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا فى دار الاسلام ، ولو ارتدا جميعاً
ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم فى ردتهم ولم يرثوا منهم شيئاً ولم يجز استرقاقهم
سواء لحقوهم بدار الحرب أو لم يلحقوهم ، وبهذا قال الشافعى رحمه الله .

وقال أبو حنيفة وأصحابه من الحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سببه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الإسلام : فأما من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الحرقى رضى الله عنه ما يدل على أنه يجوز استرقاقه ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد في الشافعى : والقول الثانى : لا يسبون وهو منصوص الشافعى .

(فصل) فإذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فإن أسلم دفع إليه وإن مات صار فينا ، وبهذا قال مالك والشافعى رضى الله عنهما ، وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كموته في زوال ملكه وصرف ماله إلى من يصرف إليه إذا مات فإن عاد إلى الإسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشيء مما أتلفوه إلا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيما اكتسبوه في دار الحرب أو أخرجه من ماله إلى دار الحرب أنه في : وقال أبو بكر عبد العزيز إذا ارتد المسلم زال ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشيء من التصرفات فإن أسلم رد إليه تملكاً مستانفاً : وقال أبو يوسف إنما أحكم بموته يوم يختصمون في ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب .

ولنا أنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد إسلامه فلا يحكم بزوال ملكه كالأول لم يرتد ويجب رد ما أخذ من ماله أو أتلف عليه كغيره .

(فصل) ومتى مات الذمى ولا وارث له كان ماله فينا ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث إلا أحد الزوجين فإن الفاضل عن ميراثه يكون فينا لأنه مال ليس له مستحق معين فكان فينا كمال الميراث المسلم الذي لا وارث له .

(فصل) في ميراث المجوس ومن حرى مجرام من ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا إلينا ، لا نعلم بين علماء المسلمين خلافاً في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم . فأما غيره من الانكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد إسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين أو لم يوجد وما لا يقرون عليه بعد إسلامهم لا يتوارثون به والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثاً ثم نكحها ثم أسلم ومات أحدهما لم يقرأ عليه ولم يتوارثا به ، وكذلك إن مات أحدهما قبل إسلامها لم يتوارثا في قول الجميع ، وإن

تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما ، قال زفر والؤلؤي لا يتوارثان ، وإن تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فإنه قال إذا أسلما وقد نكحها في العدة أقرأ عليه ، وهذا قول أبي حنيفة .

وقال القاضي . إن أسلما بعد انقضاء العدة أقرأ ، وإن أسلما قبل لم يقرأ ، على هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة لا يتوارثان وإن مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتناول القاضي رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة ، وإن تزوجها وهي حبلية من زوج أو زنا فالحكم فيه كالتى قبلها سواء لأن الزنا موجب للعدة ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج : وقال أبو حنيفة وأصحابه في الحامل من زوج لا يتوارثان : وقال أبو حنيفة والشافعي في الحامل من الزنا يتوارثان . وقال أبو يوسف وزفر والؤلؤي لا يتوارثان وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقرآن عليه إذا أسلم أو نكحها البنا وتذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

(فصل)

فأما القرابة فيرثون بجميعها إذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قولي عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ، وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم وإسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد قوليه واختاره ابن اللبان ، وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التى لا تسقط بحال ، وبه قال الحسن والزهرى والأوزاعى ومالك والليث وزهاد وهو الصحيح عن الشافعي : وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشعبي القولان جميعا : واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو أسقطت أحدهما الأخرى .

ولنا أن الله تعالى فرض للأم الثلث وللأخت النصف فإذا كانت الأم أختا وجب إعطاؤها ما فرض الله تعالى لهما في الابنتين كالتخصيص ، ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تمنع أحدهما الأخرى ولا ترجع بها فترث

بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوى الأرحام المدلين بقرابتين . وقياسهم فاسد . لأن القرابتين في الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانتا في شخص ، وقولهم : لا يورث بهما في الإسلام ممنوع . فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام ورث بهما ، ثم إن امتناع الارث بهما في الإسلام لعدم وجودهما . ولو تصور وجودهما لورث بهما بدليل أنه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم .

قال ابن اللبان : واعتبارهم عندى فاسد من قبل أن الجدة تكون اختاً لأب فإن ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الأخت دونها لزمهم توريثها بكونها اختاً لكون الأم تسقط الجدة دونها . ويخالهوا نص الكتاب في فرض الأخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها وهو مختلف فيه . فمنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مستحق^(١) ويلزمهم أن الميت إذا خلف أمه وأم أم هي أخت أن لا يورثوها شيئاً لأن الجدودة عجيوبة وهي أقوى القرابتين . وإن قالوا نورثها مع الأم بكونها اختاً نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الأخوة تارة أقوى وتارة أضعف ، وإن قالوا أقوى القرابتين الأخوة لأن ميراثها أوفر لزمهم في أم هي أخت جعل الأخوة أقوى من جهة الأمومة . ويلزمهم في إسقاط ميراثها مع الابن والأخ من الأبوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الأم . فإن قالوا توريثها بالقرابتين يفضى إلى حجب الأم بنفسها إذا كانت اختاً وللميت أخت أخرى .

قلنا : وما المانع من هذا ؟ فإن الله تعالى حجب الأم بالاختين بقوله (فإن كان له أخوة فلا ماله السدس) من غير تقييد بغيرها ثم قد حجبوها عن ميراث الأخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لأنهم فروا من حجب التقيص إلى حجب الإسقاط وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية عافظة على بعض الفرض الأدنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله لأنهم أعطوا الأم الثلث ، وإنما فرض الله لها مع الاختين السدس .

(والثاني) أن الله تعالى إنما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فأعطوا إحداهما النصف كاملا .

(والثالث) أن الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان أختان فلم يعطوا لهما الثلثين (الرابع) أن مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختا شيئا ، وهذا كله معنى كلام ابن اللبان .

(فصل) والمسائل التي تجتمع فيها قرابتان يصح الارث بهما ست

(إحداهن : في الذكور وهي عم هو أخ لام (وخمس : في الاناث وهي بنت هي أخت أو بنت ابن وأم هي أخت وأم أم هي أخت لاب وأم أب هي أخت لام ، فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن .

واختلفوا في الجدة إذا كانت أختا فمنهم من قال : الجدودة أقوى لأنها جهة ولادة لا تسقط بالولد . ومنهم من قال : الاخوة أقوى لأنها أكثر ميراثا ، قال ابن شريح وغيره : هو الصحيح . ومن ورث بأقوى القرابتين : يحجب الام ياخوة نفسها إلا ما حكاه سحنون عن مالك أنه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ، ومنى كانت البنت أختا والميت رجل فهي أخت لام وإن كان امرأة فهي أخت لاب . وإن قيل أم هي أخت لام أو أم أم هي أخت لام أو أم أب هي أخت لاب فهو محال .

(مسائل) من ذلك مجوسى تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم ماتت عنهما فلهما الثلثان لانهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجة شيئا في قوله جميعا فإن ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتا هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة ، وإن ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرابتين : ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا في المسألتين ..

وقال ابن شريح : يحتمل قول الثنايفى رضى الله عنه تورثها بالقرابتين في المسألتين لانه لم يمنع تورث الشخص بفرض وتعصيب لتورثه ابن العم اذا كان زوجا أو ابنا لام وإنما منع الارث بفرضين ، فإن كان المجوسى أولدها بنتين

ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت إحدى الصغيرتين فقد تركت أختا لابوين وأما هي أخت لاب فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لاب وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللأخت النصف ، وعلى القول الآخر لها الثلث بالامومة ولا شيء لها بالاخوة ولا تنحجب بها وللأخت النصف فقد استوى الحكم في القولين وان اختلف طريقهما ، وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها ، وان اولدها المجوسى ابنا وبنتا ثم مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت اما هي أخت لاب وأخا لام وأب فلامها السدس والباقي للاخ ولا شيء للام بالاخوة لان الاخ لابوين يحجبها وعلى القول الآخر للام الثلث كاملا .

وان تزوج المجوسى أمه فأولدها بنتا ثم ماتت فلامه السدس ولا بنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية شيئا ولا ابنته بكونها أختا لام شيئا ، وان ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتا هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرايتين . وعلى القول الآخر لها النصف ، وان ماتت الصغرى بعده فقد تركت اما هي ام اب فلها الثلث بالامومة لا غير على القولين جميعا ، وان تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتا ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختها لابيا احدهما بنتها وبنت أيبها ، والاخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما .

وعلى القول الآخر لبنتها النصف والباقي للصغرى . وان ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختها احدهما أما والاخرى بنتها فلامها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما ، وعلى القول الآخر الباقي للعصبة . وان ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختها احدهما أما والاخرى جدتها فلامها السدس والباقي بينهما وقد انحجبت الام بنفسها وبأما عن السدس .

وعلى القول الآخر من جعل الاخوة اقوى فللكبرى النصف والوسطى الثلث والباقي للعصبة ، ومن جعل الجدودة اقوى لم يورث الكبرى شيئا لانها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالامومة وان ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلث بالقرايتين ومن ورث يا احدهما فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه

لها النصف وهو اختيار الخبري . مجوسى تزوج أمه فأولدها بنتا ، ثم تزوج بنته فأولدها ابنا ، ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتا ثم مات المجوسى ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتا هي بنت ابن وبنتا أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلا بنتا للثلاث والباقي بين الكبرى وابنتها على ثلاثة ونصح من تسعة للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهمان ، وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فإن ماتت بعده بنته فإن الكبرى جدتها أم أيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين وفي الثاني لها السدس بإحداها .

فصل

وإن وطئ مسلم بعض عماره بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها فولدت له واتفق مثل هذه لأنسان فالحكم فيها مثل هذا سواء .

مسئلة ، قال (وإذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم لجمل أولهما موتا ورث بعضهم من بعض)

وجملة ذلك أن المتوارثين إذا ماتا لجمل أولهما موتا ، فإن أحد قال أذهب الى قول عمر وعلى وشريح وإبراهيم والشعبي : يرث بعضهم من بعض ، يعني من تلاد ماله دون طارفه ، وهو ما ورثه من ميت معه . وهذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول إياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحيد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق : وحكى ذلك عن ابن مسعود ، قال الشعبي : وقع الطاعون بالشام عام عمواس ، فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم ، فكتب في ذلك إلى عمر رضى الله عنه ، فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض .

وروى عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي رضى الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا مالكل واحد للأحياء من ورثته وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهرى والأوزاعى ومالك والشافعى رضى الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه ، ويروى ذلك عن عمر والحسن البصرى ورأشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف ٢٢ - ٦ المقتضى

وروى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه قال في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت
 فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها
 حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لآبيه وميراث
 المرأة لأخيها وزوجها نصفين . فجعل ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته ،
 فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون
 هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا ويرث كل
 واحد منهما من الآخر إذا اتفق وراثته على الجهل بكيفية موته ، لأن مع التداعي
 تتوجه البين على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له
 كما في سائر الحقوق ، بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه بين ، لأن البين
 لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به .

واحتج من قال بعدم ثوريث بعضهم من بعض بما روى سعيد حدثنا اسماعيل
 ابن عياش عن يحيى بن سعيد ، أن قتلى النيامة وقتلى صفين والحررة لم يورثوا بعضهم
 من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء ،

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت
 علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر فالتقت الصبيحتان في الطريق فلم بدر أيهما مات
 قبل صاحبه ، فلم ترثه ولم يرثها ، وأن أهل صفين وأهل الحررة لم يتوارثوا ، ولأن
 شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث ، وهو غير معلوم ولا يثبت
 التوريث مع الشك في شرطه ، ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثه فلم يرثه ،
 كالجهل إذا وصعته ميتاً ، ولأن الأصل عدم التوريث فلا تثبت بالشك ، ولأن
 توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لأنه لا يخلو من أن يكون موتها معاً أو سبق
 أحدهما به ، وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا يخالف للاجماع
 فكيف يعمل به ؟

فإن قيل ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضاً .
 قلنا هذا غير متيقن لأنه يحتمل موتها جميعاً فلا يكون فيها مسبوق ، وقد احتج
 بعض أصحابنا بما روى إياس بن عبد الله المزني ، أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل
 عن قوم وقع عليهم بيت ؟ فقال يرث بعضهم بعضاً ، والصحيح أن هذا إنما هو عن

إياس نفسه ، وأنه هو المستول وليس براويه عن النبي (ص) . هكذا رواه سعيد في سنته وحكاه الإمام أحمد عنه .

وقال أبو نور وشريح وطائفة من البصريين : يعطى كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا . وقال الخبري : هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلافا

ومن مسائل ذلك : أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو : من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه . ومن قال بالوقف وقف ماله ، فإن ادعى كل واحد من المولدين أن مولاه آخرهما موتاً حلف ككل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسألة المحرق ، وإن كانت لها أخت فلها الثلثان من مال كل واحد منهما على القول الأول والنصف على القول الثاني . وإن خلف كل واحد منهما بنتاً وزوجة : فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية ، لامراته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاه ، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الأولى فصحت من أربعة ، لامراته ثمانية ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة ولا بنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة . أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وزوجان ، فمن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الأخ بين امراته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأما وعمها على ستة فصحت المسألتان من ثلاثة عشر : لامرأة الأخ ثلاثة ولزوج الأخت ثلاثة وللأم أربعة بميراثها من الأخ واثنان بميراثها من الأخت ولعم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأما وأخوها على ستة : لأخوها سهم بين أمه وامراته وعمه على اثني عشر تضربها في الأولى تكن من اثنين وسبعين والضرر في دنیا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما .

ثلاثة إخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أو عصبية فقدر موت أحدهم أولاً فلامه السدس والباقي لأخويه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الأولى تكن ستة وثلاثين للأم من

ميراث الاول السدس ستة وعما ورثه كل واحد من الاخوان خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الاخوان مثل ذلك ، ذكر هذه المسألة أبو بكر .

ثلاثة إخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه فقدر موت الاخ من الابوين أولا عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه . فصحت مسأله من ثمانية عشر لآخيه من أمه . منها ثلاثة بين أخته من أبويه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الاخ من الاب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجوز ياحديهما وتضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لابوين وأخ وأخت لام فسالته من خمسة أيضا تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخت لابويه وأخ وأخت لآبيه فهي من ستة ، ثم مات الاخ من الاب عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة تضربها في الاولى تكن ثلاثين فإن خلف بنتا وأخوان فلم يفتسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما امرأة وبنتا وعما . وخلف الآخر ابنين وبنتين ، الاولى من أربعة ، مات أحدهم عن سهم ، ومسأله من ثمانية لآخيه منها ثلاثة بين أولاده على ستة رجعوا الى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة يتفقان بالنصف ، فاضرب نصف إحداهما في الأخرى تكن ثمانية وأربعين ، ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولأولاد الاخ عن أبيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر صار لهم ستة وستون ولأمرأة الاخ ستة ولبنته أربعة وعشرون

(فصل ، وان علم خروج روحهما معاً في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك . وان علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطى كل وارث البقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا . قال القاضي : وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرق الذين جهل حالهم ، وان ادعى ورثة كل ميت أنه آخرهما موتاً فهي مسألة الحرقى رضى الله عنه . وقد نص فيها الامام أحمد رحمه الله

أن وريثة كل ميت يحلفون ويختصمون ببراءته . فيحتمل أن يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيخرج في الجميع روايتان ويحتمل أن يختصر هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لأن هذه الصور فيها مدع ومنكر واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله أعلم .

، مسألة ، قال (ومن لم يرث لم يحجب)

يعنى من لم يرث لمعنى فيه كالمخالف في الدين والرفيق والقاتل فهذا لا يحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فإنهم يحجبون الأم والزوجين بالولد الكافر والقاتل والرفيق ويحجبون الأم بالأخوة الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور وداود وتابيه الحسن في القاتل دون غيره ولعلمهم تمسكوا بعموم قوله تعالى (فإن كان لمن ولد فلکم الربع مما تركن) (وإن كان لكم ولد فلن الثمن مما تركتم) وقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) وقوله (فإن كان له إخوة فلأمه السدس) وهؤلاء أولاد وأخوة وعدم إرثهم لا يمنع حجبتهم كالأخوة مع الأبوين يحجبون الأم ولا يرثون ولنا أنه ولد لا يحجب الأخوة من الأم ولا يحجب ولده ولا الأب إلى السدس فلا يحجب غيرهم كالميت ، ولأنه لا يؤثر في حجب غير الأم والزوجين فله يؤثر في حجبتهم كالميت ، والآية أريد بها ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ، ولما قال (إن امرؤ ملك ليس له ولد وله أخت) لم يدخل هذا فيهم .

وأما الأخوة مع الأب فهم من أهل الميراث ، بدليل أنه لولا الأب لورثوا ، وإنما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لأن غيرهم أولى منهم فامتناع إرثهم لما منع لا لانتفاء المقتضى .

(فصل)

فأما من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث ، كالأخوة يحجبون الأم وهم محجوبون بالأب ، لأن عدم إرثهم لم يكن لمعنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمعنى الذي حجبتهم في حال إرثهم موجود مع

حجبهم عن الميراث بخلاف مسألتنا ، فعلى هذا اذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فللأم السدس والباقي للأب ويحجب الاخوان الأم عن السدس ولا يرثون شيئا ، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أم أمه لحجب الأب أمه عن الميراث وحجبت أم أم الأم على قول من يحجب الجدة بابنها والبعدي من الجدات بمن هي أقرب منها ويكون المال جميعه للأب

(فصل فى ميراث الحمل اذا مات الانسان عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين . فإن طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف الا ما حكى عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ، ولكن يدفع الى من لا ينقصه الحمل ، كال ميراثه والى من ينقصه أقل ما يصيبه ولا يدفع الى من يسقطه شيء : فاما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا بوقف للحمل شيء . ويدفع الى شركائه الباقي ، وهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم ، وهو رواية الربيع عن الشافعى ، والمشهور عنه أنه لا يدفع الى شركائه شيء . لأن الحمل لا حمله ولا نعلم كم يترك له .

وقد حكى الماوردى قال : أخبرنى رجل من أهل اليمن ورد طالبا للعلم وكان من أهل الدين والفضل : أن امرأة ولدت باليمن شيئا كالكرش ، فظن أن لا ولد فيه ، فالتقى على قارعة الطريق ، فلما طلعت الشمس وحمل بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا ، الا أنه كان فى أعضادهم قصر ، قال وصار عنى أحدهم فصرعنى فكنت أعير به فيقال : صرعتك سبع رجل .

وقد أخبرنى من أثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال : ولدت امرأتى فى هذه الايام سبعة فى بطن واحد ذكورا وإناثا ، وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها وتزوجت بعده من كان يقرأ على وكانت تلد ثلاثة فى كل بطن . وقال غيره : هذا نادر ولا يعول عليه : فلا يجوز منع الميراث من أجله ، كما لو لم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف ، فروى عن أحمد أنه يوقف نصيب ذكرين ان كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبها أكثر وهذا قول محمد بن الحسن والثؤلوى

وقال شريك يوقف نصيب أربعة فإني رأيت بنى اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي ، قال يحيى بن آدم وأظن الرابع اسماعيل ، وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي رضي الله عنه ، وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمير من الورثة . ولنا أن ولادة التوأمين كثير معتاد ، فلا يجوز قسم نصيبها كالواحد وما زاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء . كالحامس والسادس ، ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه ، وإن بقي منه شيء رد إلى أهله ، وإن أعوز شينا رجع على من هو في يده .

(مسائل من ذلك) امرأة حامل وبنت . للمرأة الثمن وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعة . وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين ولا يدفع إليها شيء . في المشهور عن الشافعي رضي الله عنه وإن كان مكان البنت ابن دفع إليه ثلث الباقي أو خمسة أو نصفه على اختلاف الأقوال ، ومتى زادت الفروض على ثلث المال فيراث الإناث أكثر فإذا خلف أبوين وامرأة حاملا فللرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر ، ويستوى هنا قول من وقف نصيب أربعة .

وقال أبو يوسف تعطى المرأة ثلثا كاملا والأبوان ثلثا كاملا ويؤخذ منهم ضمير ، فإن كان معهم بنت دفع إليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين ، وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمنا من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقيين لاحتمال أن تعول المسألة . وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالأثلاث وتضرب ثلث أحدهما في جميع الأخرى تكن ألفا وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر في تسعة تسكن مائة وسبعة عشر وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف ، زوج وأم حامل من الأب المسألة من ثمانية للزوج ثلاثة وللأم سهم ويوقف أربعة .

وقال أبو يوسف هي من ثمانية يدفع إلى الزوج ثلاثة وإلى الأم سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضمينا ، هكذا حكى الخبر عنه ، فإن كان في المسألة من يسقط

يولد الابوين كعصبة أو أحد من ولد الأب لم يعط شيئا ، ولو كان في هذه المسألة جد فللزوج الثلث وللأم السدس وللجد السدس والباقي موقوف .

وقال أبو حنيفة للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس ويوقف السدس بين الجد والأم ولا شيء للحمل لأن الجد يسقطه وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ويوقف أربعة أسهم .

وحكى عن شريك أنه كان يقول بقول على في الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فيكون عنده من تسعة وتقف منها أربعة : ولو لم يكن فيها زوج كان للام السدس وللجد ثلث الباقي وتقف عشرة من ثمانية عشر ، وعند أبي حنيفة للجد الثلثان وللأم السدس ويوقف ^(١) السدس بينهما ، قول أبي يوسف يقف الثلث ويعطى كل واحد منهما ثلثا ويؤخذ منهما ضمنين ، ومتى خلف ورثة وأما تحت الزوج فينبغي للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا ؟ كذا روى عن علي وعمر ابن عبد العزيز والشعبي والنخعي وقادة في آخرين ، وإن وطئها قبل استبرائها فأنث يولد لأقل من ستة أشهر ورث لانتا نعلم انها كانت حاملا به ، وإن ولده لاكثر من ذلك لم ترث الا ان يقر الورثة انها كانت حاملا به يوم موت ولدها .

(فصل) ولا يرث الحمل الا بشرطين .

أحدهما : ان يعلم انه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بان تأني به لأقل من ستة أشهر ، فإن أنت به لاكثر من ذلك نظرنا فإن كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث الا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت ، وإن كانت لا توطأ اما لعدم الزوج أو السيد واما لغيبتهما أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث ما لم يجاوز اكثر مدة الحمل وذلك اربع سنين في اصح الروايتين ، في الاخرى سنتان .

والثاني : أن تضعه حيا فإن وضعته ميتا لم يرث في قولهم جميعا ، واختلف فيما ثبت به الميراث من الحياة واتفقوا على انه اذا استمل صار خا ورث وورث ، وقد روى أبو داود بإسناده عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال

« إذا استهل المولود ورث ، وروى ابن ماجه بإسناده عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ، واختلفوا فيما سوى الاستهلال ، فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو ؟ فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل صارخا ، فالشهور عن أحمد رضى الله عنه أنه لا يرث حتى يستهل ، وروى ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد ابن المسيب وعطاء وشریح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى ابن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد وإسحاق ، لأن مفهوم قول النبي صلى الله عليه وسلم ، إذا استهل المولود ورث ، أنه لا يرث بغير الاستهلال وفي لفظ ذكره ابن سراقه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الصبي المنفوس ، إذا وقع صارخا فاستهل ورث ونمت دينه وسمى وصلى عليه وإن وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم دينه وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة ، ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي والحركة تكون من غير حي فإن اللحم يختلج سببا إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك من غير حياة فيه ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت ، واختلف في الاستهلال ما هو ؟ فقيل الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا في هذه المسألة ، ورواه أبو طالب عن أحمد فقال لا يرث إلا من استهل صارخا .

وإنما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال نجوزاً والأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضا فسمى الصوت عند استهلال الهلال استهلالا ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالا . لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به .

وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث إذا استهل ، فقيل له : ما استهلاله ؟ قال إذا صاح أو عطس أو بكى ، فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال ، وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لأنه صوت علت به حياته فأشبه الصراخ .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا علت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره

ورث وثبت له أحكام المستهل لأنه حتى فتبت له أحكام الحياة كالمستهل . وبهذا قال الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود ، وإن خرج بعضه حيا فاستهل ثم انفصل بآقيه ميتا لم يرث . وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه السلام « إذا استهل المولود ورث » .

ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره (فصل) وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فإن كانا ذكرين أو اثنتين أو ذكرا وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وإن كانا ذكرا وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي : من أصحابنا من قال يقرع بينهما فن يخرجته القرعة جعل المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات أخرجت بالقرعة . وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص . وقال الفرضيون تعمل المسألة على الحالين ويعطى كل وارث البقين ويوقف الباقي حتى يهبطوا عليه ، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك : رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملا منه فولدت توأمين ذكرا وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فقبل أن كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لام الميت ثلاثة ولأم الولد خمسة وللعمة عشرة . وإن كانت البنت المستهلة فالمسألة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لأمها سهم ولعمها سهمان والسنه تدخل في ثمانية عشر فمن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الأم لا يتغير وللعمة من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فيأخذه ولأم الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة فيأخذها ويفق سهمين بين الأخ وأم الولد حتى يصطلحا عليها ويحتمل أن يقتسماها بينهما ، امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابنا وبنتا واستهل أحدهما ولم يعلم فالمسألان من أربعة وعشرين إذا أعطيت كل واحد أقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فإن كان معهما بنت فكل واحدة من المسألين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشره ، امرأة وعم وأم حامل من الأب ولدت ابنا وبنتا

فاستهل احدهما فإن كان المستهل الاخ فهو من ستة وثلاثين . وان كانت الاخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمسألان متباينتان فاضرب احدهما في الاخرى تكن اربعمائة وثمانية وستين وكل من له شيء من احدى المساليتين مضروب في الاخرى فيدفع لكل واحد اقل النصيبين يبقى اربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم وخمسة بين الام والعم ، فإن كانت المرأة والام حاملين فوضعا معاً فاستهل احدهما فكل واحدة منهما ترجع الى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث اقل النصيبين ويبقى احد عشر منها اربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم .

(فصل)

واذا ولدت الحامل نوأمين فسمع الاستهلال من احدهما ثم سمع مرة اخرى فلم يدر اهو من الاول او من الثاني ؟ فيحتمل ان يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه لان الاصل عدم استهلاله . فعلى هذا الاحتمال ان علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وان جهل بعينه كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه ، وقال الفرضيون يعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي .

ومن مسائل ذلك : ام حامل واخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احدهما ثم سمع الاستهلال مرة اخرى فلم يدر هل استهلت الاخرى او تكرر من واحدة ؟ فقيل ان كان منهما جميعا فقد ماتتا عن اربعة من ستة ولا يعلم اولهما موتا لحكمهما حكم الفرق فن ذهب الى انه لا تورث احدهما من الاخرى قال قد خلفا اما واختا وعم فتصح من ثمانية عشر . وان كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير ستة وثلاثين للام اثنا عشر وللأخت كذلك وللعم تسعة ونقف ثلاثة تدعى الام منها سهمين والعم سهماً وتدعياها الأخت كلها فيكون سهمان بينهما وبين الام وسهم بينهما وبين العم ، زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبنتاً فاستهل احدهما ثم سمع الاستهلال مرة اخرى فلم يدر من هو ؟ فان كان الاستهلال تكرار من البنت فهي الاكدرية وماتت عن اربعة بين امها وجدها فتصح من احد وثمانين ، وان تكرر من الاخ لم يرث شيئاً ، والمسألة من ستة للجد منها سهم وان كان منهما

فللأم السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولها السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لها بين الجد والأم على ثلاثة فنصار للأم أربعة وللجد خمسة وثمانية عشر توافق أحداً وثمانين بالإنصاف فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدريه أربعة وخمسون وللأم تسعاً المال من مسالة استهلاكها معاً ستة وثلاثون وللجد السدس من مسالة استهلاك الأخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة وأربعون يدعى الزوج منها سبعة وعشرين والأم ثمانية عشر ويدعى منها الجد سبعة وثلاثين وتعمل الثمانية الفاضلة للأم ، فيحتمل أن تدفع إليها لأن الزوج والجد يقران لها بها .

فصل في

وإذا ضرب بطن حامل فأسقطت فعلى الضارب غرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر الفقهاء إلا شياً يحكى عن ربيعة والليث وهو شذوذ لا يرجع عليه ، فإن قيل : فكيف تورثون منه وهو لا يرث ؟ قلنا تورث منه لأن الواجب بدل عنه فورثته ورثته كدية غير الجنين ، وأما تورثه فمن شروطه كونه حياً حين موت موروثة ولا يتحقق ذلك فلا تورثه مع الهلك في حياته .

(فصل) ودية المقتول موروثة عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن علي فروى عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب إلى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي صلى الله عليه وسلم تورث المرأة من دية زوجها ، قال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول : كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً ، فقال له الضحاك الكلابي : كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن العقل ميراث بين ورثة القليل على فرائضهم ، وإسناده عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المرأة ترث من مال

زوجها وعقله ، ويرث هو من مالها وعقلها مالم يقتل واحد منهما صاحبه ، إلا أن في إسناده رجلا مجهولا .

وقال إبراهيم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الدية على الميراث والعقل على العصبه ، وقال أبو ثور هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه ، وعن أحمد نحو من هذا . وقد ذكر الحرق فيمن أوصى بثلاث ماله لرجل فقتل وأخذت دية فلموصى له بالثلاث ثلث الدية في إحدى الروايتين . والآخرى ليس لمن أوصى له بالثلاث من الدية شيء ، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان :

إحداهما : أنها تحدث على ملك الميت لأنها بدل نفسه فيكون بدلها له كديه أطرافه المقطوعة منه في الحياة ، ولأنه لو أسقطها عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحاً وليس له إسقاط حق الورثة . ولأنها مال موروث فأشبهت سائر أمواله والآخرى : أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها إنما تستحق بعد الموت وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلاً للملك ، وإنما يثبت الملك لورثته ابتداء ، ولا أعلم خلافاً في أن الميت يجهز منها إن كان قبل تجهيزه لأنه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيراً فأولى أن يجب ذلك في دية .

(فصل) في ميراث المفقود وهو نزعان ، أحدهما : الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد ملك جماعة أو في مركب انكسر ففرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للزواج . نص عليه الامام أحمد وهذا اختيار أبي بكر

وذكر القاضى أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين لأنه الوقت الذي يباح لامراته الزوج فيه ، والاول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ، وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه

وقسم باقيه ، فإن بان حياً أخذه ورد الفضل الى أهله ، وإن علم أنه مات بعد موت موروثة دفع نصيبه مع ماله الى ورثته ، وإن علم أنه كان ميتا حين موت موروثة رد الموقوف الى ورثة الأول ، وإن مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا الى ورثة الأول لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثة فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي يسقط ميتا .

وكذلك ان علمنا أنه مات ولم يدر متى مات ، ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور فقدان فيما علمنا الا أن مالكا والشافعي رضي الله عنهما في القديم وافقا في الزوجة أنها تتزوج خاصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباقيين ، فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها على ما سنده في الصورة الأخرى ان شاء الله تعالى . لأنه مفقود لا يتحقق موته فأشبهه التاجر والسائح .

ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج إمرأته على ما ذكرناه في العدد وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للابضاع ، ففي المال أولى ، ولأن الظاهر هلاكه فأشبهه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها ، النوع الثاني : من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبره : فقيه روايتان إحداهما : لا يقسم ماله ولا تتزوج إمرأته حتى يتيقن موته ، أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها : وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن . وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأصل حياته ، والتقدير لا يصار اليه الا بتوقيف ، ولا توقيف هنا ، فوجب التوقف عنه .

والرواية الثانية : أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد ، وهذا قول عبد الملك بن الماجشون ، لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا : وقال عبد الله بن عبد الحكم : ينتظر به الى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد . ولعله يحتاج بقول النبي (ص) دأعمار أمتي ما بين السبعين والستين ، أو كما قال : ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، فأشبهه التسعين .

وقال الحسن بن زياد : ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة ، قال : ولو فقد وهو

ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى ، فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم ماله حينئذ بين ورثته ان كانوا أحياء وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين ، وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود ، وكان ماله للأحياء من ورثته ، ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الإنتظار ، فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود ، رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ، ولم يكن لورثة المفقود .

قال المؤلفون : وهذا قول أبي يوسف ، وحكى الخبر عن المؤلفين أنه قال : ان الموقوف للمفقود . وان لم يعلم خبره يكون لورثته ، قال : وهو الصحيح عندى ، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن المؤلفين ، فقال : لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد فقده يوم ، وتمت مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئاً ، ولم نورثه منها شيئاً لا نعلم أيهما مات أولاً ، وهذا قياس قول من قال في الفرقى انه لا يرث أحد من أصحابه ، ويرث كل واحد الأحياء من ورثته .

قال القاضى : هذا قياس قول أحمد ، واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود الا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله ، لا من مات قبل ذلك ، ولو يوم ، واختلفوا فمن مات وفي ورثته مفقود ، فذهب أحمد وأكثر الفقهاء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره ، أو تمضي مدة الإنتظار فتعمل المسألة على أنه حي . ثم على أنه ميت ، وتضرب أحدهما في الأخرى ان تباينت ، أو في وفقهما ان اتفقتا ، وتجزى أحدهما ان تماثلتا ، أو باكثرهما ان تناسبتا ، وتعطى كل واحد أقل النصيبين ، ومن لا يرث الا من أحدهما لا تعطيه شيئاً ونقف الباقي ، ولهم أن يسطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود ، واختاره ابن اللبان لأنه لا يخرج عنهم ، وأنكر ذلك المؤلف وقال : لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة وهي منتفية ، ثم يقال له : لك أن تصالح على بعضه ، بل ان جاز ذلك ، فالأولى أن تقسم المسألة على تقدير الحياة ونقف نصيب المفقود لا غير .

والأول أصح إن شاء الله ، فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف

مشكوك في مستحقه ، ويقين الحياة معارض بظهور الموت ، فينبغي أن يوقف — كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال ، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لأنه حقم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره . ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك ، ولأن تجويز أخذ الإنسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه ، وظاهر قول الوري هذا أن تقسم المالة على أنه حي ، ويقف نصيبه لا غير .

وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه . يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون ، والمفقود مشكوك فيه ، فلا يورث مع الشك ، وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده ، فلو مات رجل وخلف ابنتيه وابن ابن ، أبوه مفقود والمال في يد الابنتين . فاخصموا إلى القاضي ، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف — منه شيئاً . سواء اعترفت الابنتان بفقده ، أو ادعتا موته ، وإن كان المال في يد ابن المفقود ، لم يعط الابنتان إلا النصف ، أقل ما يكون لهما ، وإن كان المال في يد أجنبي ، فآقر بأن الابن مفقود وقف له النصف في يديه ، وإن قال الأجنبي : قد مات المفقود ، لزمه دفع الثلثين إلى البنين ويوقف — الثلث ، إلا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع إليه الباقي ، والجمهور على القول الأول .

ومن مسائل ذلك : زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود ، مسألة الموت من سبعة وعشرين ، لأنها مسألة الكدرية ، ومسألة الحياة من ثمانية وعشرين يتفقان بالاتساع ، فتضرب تسع أحدهما في الأخرى ، تكن أربعة وخمسين ، للزوج النصف من مسألة الحياة ، والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث ، وللأم التسعان من مسألة الموت ، والسدس من مسألة الحياة ، فتعطى السدس ، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت ، وتسعة من مسألة الحياة ، فيأخذ التسعة ، وللأخت ثمانية من مسألة الموت . وثلاثة من مسألة الحياة ، فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة إن بان ، أن الأخ حي أخذ ستة ، وأخذ الزوج تسعة ، وإن بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه ، أخذت الأم ثلاثة ، والأخت خمسة والجد سبعة ، واختار الجمهور أن المدة إذا مضت ، ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من

الموقوف على ورثته فإنه كان محكوما بحياته لأنها اليقين، وإنما حكمنا بموته بمضى المدة ولنا أنه مال موقوف لمن ينتظر من لا يعلم حاله، فإذا لم تبين حياته، لم يكن لورثته كالموقوف للحمل، وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة، زوج وأبوان وابنتان مفقودتان، مسألة حياتهما من خمسة عشر، وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر، وفي موتهما من ستة، فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر، ثم في ثلاثة عشر، تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطى الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروبا في اثنين، ثم في ثلاثة عشر، وتقف الباقي.

وإن كان في المسألة ثلاثة مفقودون عملت لهم أربع مسائل، وإن كانوا أربعة عملت لهم خمس مسائل، وعلى هذا. وإن كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود، وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الأبوين. وقيل: لا يوقف هنا شيء. وتعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا تحجب بالشك، كما لا يرث بالشك، والأول أصح: لأن دفع السبع إليها تورث بالشك وليس في الوقف حجب يقينا إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها، ويعارض قول هذا القائل قول من قال: إن اليقين حياته، فبعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين، والتوسط بما ذكرناه أولى والله أعلم.

(فصل)

والأسير كالمفقود إذا انقطع خبره، وإن عملت حياته ورث في قول الجمهور. وحكى عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث لأنه عبد، وحكى ذلك عن النخعي وقتاده. والصحيح الأول، والكفار لا يملكون الأحرار والله أعلم.

(فصل) في التزويج في المرض والصحة، حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتورث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور، وبه قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه. وقال مالك: أي الزوجين كان مريضا يرثنا بخلاف حال عقد النكاح فالتكاح فاسد، لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية، وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله، واختلف

أصحاب مالك في نكاح من لم يرث ، كالأمة والذمية ، فقال بعضهم : يصح لئلا يتم بقصد توريثها . ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة ، وقال ربيعة وابن أبي ليلى : الصداق والميراث من الثلث . وقال الاوزاعي : النكاح صحيح ، ولا ميراث بينهما . وعن القاسم بن محمد والحسن . ان قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل ، والا فهو صحيح .

ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع ، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فيصح كحال الصحة . وقد روينا أن عبد الرحمن ابن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة ، أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك . وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية .

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى لبروع بنت اوشق بالميراث ، وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول .

فصل

فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي وإذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أول فإنه يفرق بينهما ، وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً ، قال أبو بكر : يتوجه على قوله أن يفرع بينهما ، فعلى هذا الوجه يفرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما ، وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن المهر والميراث يقسم بينهما على حسب الدعاوى والتزبل كميراث الخنأى ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي رضي الله عنه : يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الأمر ، فلو تزوج امرأة في عقد وأربعاً في عقد ثم مات وخلف أخاً ولم يعلم أي العقد سبق فنق قول أبي حنيفة : كل واحدة تدعى مهرأ كاملاً ينكره الأخ فتعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعى الواحدة والأربع ، فيقسم للواحدة نصفه وللأربع نصفه

وعند الشافعي رضي الله عنه : أكثر ما يجب عليه أربعة مهرور فيأخذ ذلك ،
 يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعى الواحدة ربعها ميراثا ويدعى
 الآخر ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها ، وهو
 مهران وربع بين الأربع وبين الآخر ، ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء
 الخمس والباقي للآخر ، وإن تزوج امرأة في عقد واثنين في عقد وثلاثا في عقد ولم
 يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس : فعلى قول
 أهل العراق لمن مهران يقيين والثالث لمن في حال دون حال فيكون لمن نصفه ثم
 يقسم ذلك بين لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لمن ميراثا ، فالواحدة
 ربعه بقينا وتدعى نصف سدسه ، فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمانه
 وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنان تدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما
 فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر
 سهما فيعطين تسعه ، هذا قول محمد بن الحسن

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنين
 نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهما ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في
 الثمانية وأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي (رض)
 تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهرور : مهران منها بين الخمس ومهر تدعيه
 الواحدة والاثنان ربعه ميراثا وتدعيه الثلاث مهر أو ثلاثة أرباعه تدعيه الأخرى
 ميراثا وتدعيه الثلاث مهرأ ، ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربعه إلى الواحدة ونصف
 سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلثاه بين الثلاث والاثنين موقوف ، فإن
 طلبت واحدة من الخمس شيئا من الميراث الموقوف لم يدفع إليها شيء ، وكذلك إن
 طلبه أحد الفريقين لم يدفع إليه شيء ، وإن طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من
 الاثنين دفع إليهما ربع الميراث وإن طلبته واحدة من الاثنين واثنان من الثلاث
 أو الثلاث كلهن دفع إليهن ثلثه ، وإن عين الزوج المنكوحات أولا قبل تعيينه
 وثبت ، وإن وطئ واحدة منهن لم يكن ذلك تعيينا لها ، وهذا قول الشافعي
 رضي الله عنه ، وللوطوء الأقل من المسمى أو مهر المثل فيكون الفضل بينهما

موقوفاً ، وعلى قول أهل العراق يكون تعييننا ، فإن كانت الموطوءة من الاثنتين
صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث : وإن كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين ،
وإن وطئ واحدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء
بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها ، فإن أشكل أيضاً أخذ
منه البقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره
الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر
مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل
واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم . وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين
وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج ؟ فيه قولان : فعلى قوله يؤخذ مسمى
ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل واحدة الاقل من المسمى أو مهر المثل وينصف
الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن
وآخر بين الثلاث والاثنتين والميراث على ما تقدم .

وحكى عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة بت طلاق أحدها ثم
نكح خامسة ومات ولم يدر أيهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربعة ثلاثة
أرباعه بينهم . وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة
المطلقة ، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم
مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الأرباع الباقي وما
بقي بين الأربعة الأول أرباعاً . وفي قول الشافعي رضي الله عنه : ما أشكل من ذلك
موقوف على ما تقدم .

(فصل في الطلاق)

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما
ما دامت في العدة سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه ، وروى ذلك
عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم : وذلك لأن الرجعية
زوجة بلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ويملك أمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا
ولي ولا شهود ولا صداق جديد : وإن طلقها في الصحة طلاقاً باتناً أو رجعيّاً

فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعا . وإن كان الطلاق في المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت . يروى هذا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما . وبه قال عروة وشريح والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه في القديم .

وروى عن عتبة بن عبد الله بن الزبير : لا ترث مبتوتة . وروى ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف . وهو قول الشافعي الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها . ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء . وليس لها شيء من هذه الأسباب

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمن ابن عوف . وكان طلقها في مرضه فبنتها . واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا ، ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا . بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن ولئن مت لأورثتها منك ، قال قد علمت ذلك ، وما روى عن ابن الزبير أن صحح فهو مسبوق بالإجماع . ولأن هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه .

إذا ثبت هذا فالشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج . قال أبو بكر : لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها إذا طلقها المريض أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج

روى ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحيد وابن أبي ليلى وبعض البصريين . وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة ، وذكر عن أبي بن كعب لما روى أبو سلمة ابن عبد الرحمن ، أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ، ولأن سبب تورثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة

وروى عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة ، فإنه قال في رواية الأثرم يلزم من قال له أن يتزوج أربعاً قبل انقضاء عدة مطلقاته أنه لو طلق أربع

نسوة في مرضه ثم تزوج أربعاً ثم مات من مرضه ذلك ، أن الثمان يرثه كلهن فيكون مسلماً يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ، ولأنه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لا عدة لها وهذه كذلك فلا ترث ، وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم ، لأنها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ، ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يحز ذلك كما لو تزوجت ، وإن تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني ، هذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا للرواية الأولى ؛ ولأنها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوارثين .

ولنا أن هذه وارثه من زوج فلا ترث زوجاً سواء كسائر الزوجات ، ولأن التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ، ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها .

(فصل) ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه في قول الجمهور ، فروى عن النخعي والشمسي والثوري وزفر أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعها كما لو لم يصح .

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة في الصحة ، ولأن حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والاعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكره يبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته .

(فصل) ولو طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات .

(إحداهن) لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لان الميراث ثبت للدخول بها لفراره منه وهذا قار ، وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ، ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها .

(الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها ، وهو قول عطاء لان العدة

حق عليها فلا يجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة ، وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لان من ترك يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق ، لان الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا يجوز مخالفته (والرابعة) لا ميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ، وهو قول جابر ابن زيد والشافعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم .

قال أحمد قال جابر ابن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها ، قال الحسن ترك ، قال أحمد أذهب إلى قول جابر وذلك لان الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضته فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأى والتحكم ، وأما الميراث فإنها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح فاشبهت المطلقة في الصحة والله أعلم ، ولو خلا بها وقال . لما أطاها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لان الخلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه .

(فصل ولو طلق المدخول بها طلاقاً رجعياً ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق محنة ، وإن طلقها واحدة في محنة وأبانها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها لحكمها حكم ما لو ابتداء طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها ، فإن طلقها واحدة في محنة وأخرى في مرضه ولم يبينها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينوتها .

(فصل) وإن طلقها ثلاثاً في مرضه قارنت ثم أسلمت ثم مات في عدتها فله وجهان .

أحدهما : ترثه وهو قول مالك لانها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترث : والثاني : لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، لانها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت ، ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي رضي الله عنهم لا ترثه . ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها فاشبه

ما لو لم ترث ، ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لأن النكاح باق ، فإن انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر ، وإن قلنا إن الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويخرج أن يرث الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البينة ، فأشبهه الطلاق وهو قول مالك ، وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج .

(فصل)

إذا طلق المسلم المريض زوجته الأمة والذمية طلاقاً بائناً ثم أسلت الذمية وعنت الأمة ثم ماتت في عدتها لم ترثاه لأنه لم يكن عند الطلاق قاراً ، وإن قال لها في المرض : إذا عنت أنت أو أسلت أنت فأنتما طالقتان ، فعنت الأمة وأسلت الذمية ومات ورثناه لأنه قار ، فإن قال لها أنتما طالقتان غداً فعنت الأمة وأسلمت الذمية لم ترثاه لأنه غير قار : وإن قال سيد الأمة : أنت حرة غداً : وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لأنه قار : وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي رضي الله عنه ، ولم أعلم لهم مخالفاً .

(فصل) وإذا قال لامرأته في صحته إذا مرضت فأنت طالق لحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فإن أقر في مرضه أنه كان ظلقها في صحته ثلاثاً لم يقبل إقراره عليها وكان حكم طلاقه في مرضه ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي رضي الله عنه يقبل إقراره . ولنا أنه إقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل ما لو أقر بما لها .

(فصل) وإن سأله الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان : أحدهما : لا ترثه لأنه ليس بفار : والثانية : ترثه لأنه طلقها في مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم أن خالعهما أو علق الطلاق على مشيتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أو خيرها فاختارت نفسها والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لأنه لا فرار منه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه ، وإن لم تعلم بتعلق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لأنها معذورة فيه ، ولو سأله طلقه

فطلقها ثلاثا ورثته لانه أبانها بما لم تطلبه منه ، وان علق طلاقها على فعل لا بد لها منه كصلاة مكتوبة وصيام واجب في وقتة ففعلته لحكمه حكم طلاقها ابتداء في قولهم جميعا ، وكذلك ان علقه على كلامها لا يوبىها أو لاحدهما ، وان قال في مرضه أنت طالق ان قدم زيد ونحوه مما ليس من فعلها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته .

(فصل) فإن علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض كقدوم زيد ومجيء غد وصلاتها الفرض بانتهى ولم ترث لان اليمين كانت في الصحة .

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح ، وان علقه على فعل نفسه ففعله في المرض ورثته لانه أوقع الطلاق بها في المرض فأشبه ما لو كان التعليق في المرض ، ولو قال في الصحة أنت طالق ان لم أضرب غلامي فلا يضربه حتى مات ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد أيضا ، وكذلك ان قال ان لم أوفك مهرك فانت طالق ، وان ادعى الزوج أنه وقاها مهرها فانكرته صدق الزوج في توريثه منها لان الاصل بقاء النكاح ولم تصدق في براءته منه لان الاصل بقاءه في ذمته ، ولو قال لها في الصحة أنت طالق ان لم أتزوج عليك فكذلك ، نص عليه أحمد وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان قذفها في صحته ولاعنها في مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي والثوئي . وذكر القاضي رواية أخرى : أنها ترث وهو قول أبي يوسف وان آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالإبلاء لم ترثه .

(فصل) واذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها ان ماتت ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، فإن طأعته على ذلك لم ترث لانها مشاركة فيما يفسخ به نكاحها ، فأشبه ما لو خالعت ؛ وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن ، فإذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق

أو كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محبوب يابن للميت أو بأبوين أو ابنين أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ، ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث لانتفاء التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثاً فعاد محجوباً عن الميراث لو رثت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه أحدهما لم ترثه لانتفاء التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع إليه ، ولو استكره الثانية بعدها لو رثت الثالثة لأنه متهم في حقها ، ولو استكرهما معا دفعة واحدة ورثتا جميعاً ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه ، فأما الشافعي رضي الله عنه فإنه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام ، وكذلك الحكم فيها إذا وطئ المريض من يفسخ نكاحه بوطئها كام امرأته أو ابنتها فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه ولا يرثها وسواء طأوعته الموطوءة أو أكرهها فإن مطأوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط به ميراثها ، فإن كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطئ ابنه امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك ، فإن كان صبياً عاقلاً ورثت لأن له قصداً صحيحاً ، وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لأن قوله لا عبرة به ؛ وكذلك الحكم فيها إذا وطئ بنت امرأته أو أمها ، والشافعي في وطء الصبي ابنة امرأته أو أمها قولان .

أحدهما : لا يفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم :

والثاني : أن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها ، وفي القبلية والمباشرة دون الفرج روايتان ، أحدهما : تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لأنها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك فأشبهت الوطء ، والثانية : لا تنشرها لأنها ليست بسبب للبعضة فلا تنشر الحرمة كالنظر والخلو ، وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والخلو لشهوة وجهها أنها تنشر الحرمة .

(فصل) وإن فعلت المريض ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير أو ارتدت أو نحو ذلك فماتت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه ، وبهذا قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي رضي الله عنه : لا يرثها .

ولنا أنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل ، وإن اعتقت
فاختارت نفسها أو كان الزوج عتيقا فأحل سنة ولم يصحبها حتى مرضت في آخر
الحول فاختارت فرقه ، وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ، ذكره ابن اللبان
في كتابه ، وذكر القاضي في المعلقة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها : وذلك
لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث ، وإن
قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيه وجهان .

أحدهما : بتفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت في عدتها ، وهذا
قول أبي حنيفة وأصحابه .

والثاني : لا يفسخ النكاح به وهو قول الشافعي رضي الله عنه : ولو أن رجلا
زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها ، لم يرثها الزوج
بغير خلاف نعله لأن النكاح من أصله غير صحيح في صحيح المذهب ، وهو قول
الشافعي رضي الله عنه ، وروى عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار ، وهو
مذهب أبي حنيفة وأصحابه إلا أن الفسخ لإزالة الضرر لا من أجل الفرار فلم يرثها
كألو فسخت المعلقة نكاحها والله أعلم .

فصل في ميراث المريض

إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة
ورثناه جميعا : هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي (رض)
والقول الآخر : لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانية .

وقال مالك : الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل
بعض أصحابنا فيها وجها أن الميراث كله للمطلقة لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل
طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح فإنها إنما ترث
ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث إلا نصف ميراث
الزوجات فكذلك إذا طلقها : فعلى هذا لو تزوج ثلاثا في مرضه فليس للمطلقة
إلا ربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربعه ، وإن مات بعد
انقضاء عدة المطلقة ، فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين ، وهو قول الشافعي
رضي الله عنه وأبي حنيفة وأصحابه .

والرواية الاخرى أن الميراث للأربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة ، وإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك ، وقال الشافعي رضي الله عنه : النكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة ويجيء على قوله القديم وجهان .

أحدهما : أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور . ولا شيء للمنكوحة

والثاني : أن يكون بينهما على خمسة لكل واحدة منهن خمسة فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان ، إحداهما . لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات : وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق ، والثانية : تيرث معهن ولا شيء للمنكوحة ، وقال الشافعي رضي الله عنه : الميراث للمنكوحات كلهن ولا شيء للمطلقة . وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صبح نكاحها ، وهل تيرث المطلقة ؟ على روايتين .

أحدهما : لا تيرث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال بصح النكاح في العدة أن يترث ثمان نسوة وأن يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة أو أختان وتورث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به ، فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة ، والرواية الثانية : تيرث المطلقة فيخرج فيه وجهان : أحدهما . يكون الميراث بين الخمس .

والثاني : يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحرم من ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الوجهين بعيد ، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على تورث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبيح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الأختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية ، وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه

وانقضت عدتهن ونكح أربعاً سواهن ثم مات من مرضه فعلى الأول ترثه
المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان .

أحدهما : أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان ، وقال مالك :
الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات لأن نكاحهن غير صحيح عنده ، وإن صح
من مرضه فتزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء
للمطلقات في قول مالك ومن وافقه ، وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئاً
إلا في قوله وقول من وافقه ، ولو طلق أربعاً بعد دخوله بهن ثلاثاً في مرضه وقال
قد أخبرني بانقضاء عدتهن فكذبته فله أن ينكح أربعاً سواهن إذا كان ذلك
في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث ، وهذا
قول أبي حنيفة وأبي يوسف والثلوثي إذا كان بعد أربعة أشهر .

وقال زفر : لا يجوز له التزوج أيضاً ، والأول أصح لأن هذا حكم فيما بينه
وبين الله تعالى لا حق لهن فيه فقبل قوله فيه ، فعلى هذا إن تزوج أربعاً في عقد
واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث
للمنكوحات ، وإن أقررن بانقضاء عدتهن ، وقلنا لا ميراث لهن بعد انقضاء العدة
فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وإن مات
منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان
ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات ، وإن مات من المطلقات واحدة
ومن المنكوحات ثلاثاً أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من
المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات
والمنكوحات معاً لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان
صحيحاً وإن تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت
مكانها الأولى من المنكوحات .

وإن مات اثنتان ورثت الأولى والثانية ، وإن مات ثلاث ورثت الأولى
والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات ، وهذا على قياس قول
أبي حنيفة وأبي يوسف والثلوثي ، وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات
حتى يصدقه المطلقات .

وأما الشافعي رضي الله عنه : فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات : فلي
قوله إذا طلق أربعا ونكح أربعا في عقد أو عقود ثم مات من مرضه فالمراث
للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان :
أحدهما : أن الميراث بين الثمان .

والثاني : أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات ، فإن مات بعض المطلقات
أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث المينات ، وإن مات واحدة فللزوجات
ربع ميراث النساء ، وإن مات اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، فإن مات
ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث إذا كان نكاحهن في عقد واحد ، وإن كان في
عقود متفرقة فإذا مات واحدة من المطلقات فميراثها للأولى من المنكوحات
وميراث الثانية للثانية ، وميراث الثالثة للثالثة .

(فصل)

إذا قال الرجل لنسائه : إحدا كن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها
ويرجع إلى تعيينه ويؤخذ بنفقتين كلهن إلى أن تعين ، وإن كان الطلاق بائنا منع
منهن إلى أن يعين .

فإن قال : أردت هذه ، طلقت وحدها ، وإن قال : لم أرد هؤلاء الثلاث
طلقت الرابعة ، وإن عاد فقال : أخطأت ، إنما أردت هذه طلقت الأخرى ،
وإن متن أو إحداهن قبل أن يبين رجع إلى قوله ، فمن أقر بطلاقها حرمتها ميراثها
وأحلفناه لورثة من لم يعينها ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وإن لم يعين
بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة ، وكذلك إن طلق
واحدة من نسائه بعينها فأنسبها فمات أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة
فلا ميراث لها ، روى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وهو قول أبي ثور .

وروى عطاء عن ابن عباس ، أن رجلا سأله فقال : إن لي ثلاث نسوة ،
وإنى طلقت إحداهن فبنت طلاقها ، فقال ابن عباس رضي الله عنه : إن كنت
نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق ، وإن لم تكن نويت
واحد بعينها فطلق أيتن شئت ،

وقال الشافعي رضي الله عنه وأهل العراق : يرجع إلى تعيينه في المسائل كلها

فإن وطئ. أحدهما كان تعيينا لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال الشافعي : لا يكون تعيينا ، فإن مات قبل أن يبين فالميراث بينهما كلهن في قول أهل العراق .

وقال مالك : يطلق كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي رضي الله عنه : يوقف ميراثهن ، وإن كان الطلاق قبل الدخول دفع إلى كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي في مهرهن ، وقال داود : يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث بينهما ، وإن متن قبله طلقت الأخيرة في قول أهل العراق وقال الشافعي رضي الله عنه : يرجع إلى تعيينه على ما ذكرناه .

ولنا قول على رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس . لأن ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله ، فإنه قال ، إذا ثبت لنا عن علي قول لم نعهده إلى غيره وقال ، ما علمي إلى علم على إلا كالفرارة إلى المشنجر ، ولأنه إزالة ملك عن الأدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالتق ، وقد بينت ذلك في العتق بخبر عمران ابن الحصين ، ولأن المحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة ، كالقسمة في السفر بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع فقبه دفع إلى أحدهما ما لا تستحقه وتنقص بعضهن حقها يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقينا ولو كان له امرأتان فطلق أحدهما ثم ماتت أحدهما ثم مات أقرع بينهما فن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها إن كانت الميتة ولم ترثه إن كانت الأخرى : وفي قول أهل العراق : يرث الأولى ولا ترثه الأخرى وللشافعي قولان

أحدهما . يرجع إلى تعيين الوارث ، فإن قال : طلق الميتة لم يرثها وورثته الحية وإن قال طلق الحية حلف — على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية .

والقول الثاني : يوقف — من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية ، وإن كان له امرأتان قد دخل بإحدهما دون الأخرى وطلق أحدهما لا بعينها ، فن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللأخرى حكم الزوجية ، وقال أهل العراق : للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدتها وللأخرى ربه لأن المدخول بها نصفه يقين والنصف الآخر بتداعيانه فيكون بينهما ،

وفي قول الشافعي : النصف للدخول بها والثاني موقوف ، وإن كانتا مدخولا
بهما فقال في مرضه : أردت هذه ثم مات في عدتها لم يقبل قوله ، لأن الإقرار
بالطلاق في المرض كالطلاق فيه . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال زفر : يقبل قوله والميراث للأخرى ، وهو قياس قول الشافعي ،
ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنين نصفه ،
وفي قول الشافعي نصفه موقوف

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق إحداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء
عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الأربع . وقال
أهل العراق : لمن ثلاثة أرباع الميراث بينهما ، وإن كن غير مدخول بهن فلهن
ثلاثة مهر ونصف .

وفي قول الشافعي : يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الأربع ،
فإن جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئا ، وإن طلبه اثنتان دفع اليهما ربع
الميراث ، وإن طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه ، وإن طلبه الأربع دفع اليهن ، ولو
قال بعد نكاح الخامسة : إحداكن طالق ، فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لأنها
شريكة ثلاث وباقيه بين الأربع كالأولى وللخامسة سبعة أثمان مهر ، لأن الطلاق
نقصها وثلاثاً معها نصف مهر ويبقى للأربع ثلاثة وثمانين في قول أهل العراق
فإن تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع ما بقي
وسبعة أثمان مهر وللأربع ما بقي وثلاثة مهر وثمانين ، ويكون الربع مقسوماً
على أربعة وستين .

فإن قال بعد ذلك إحداكن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور
فللسادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين من
مهر ويبقى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر ، وعند الشافعي يوقف
ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الأربع ويوقف نصف مهر
بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع إلى كل واحدة نصف^(١)

باب الاشتراك في الطهر

إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطئا يلحق النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، مثل أن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الإنسان جاريته ثم يبيعها قبل أن يستبرئها فبطؤها المشتري قبل استبرائها أو بطؤها رجلان بشبهة ، أو يطلق رجل امرأته فيتزوجها غيره في عدتها ويطؤها ، أو يطأ إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فإنه يرى القافة معهما . وهذا قول عطاء ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وأبي ثور ، فإن الحقته بأحدهما لحق به وإن نفته عن أحدهما لحق الآخر ، وسواء ادعياه أو لم يدعيه ، أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر وإن الحقته القافة بهما لحقهما وكان ابنيهما . وهذا قول الأوزاعي والثوري وأبي ثور ، ورواه بعض أصحاب مالك عنه

وقال مالك : لا يرى ولد الحرة للقافة ، بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطئ . بشبهة

وقال الشافعي : لا يلحق بأكثر من واحد ، فإن الحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة أن لا يوجد قافة ، ومنى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القافئان في نسبه ، فقال أبو بكر : يضع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً ، وهو قول مالك

وقال ابن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما ، وهو قول الشافعي الجديد ، وقال في القديم : يترك حتى يميز ، وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقه عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق ، وإذا ادعى اللقيط اثنان أرى القافة معهما ، وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أرى ولده القافة مع المدعين ، ولو مات الرجلان أرى القافة مع عصبتهم ، وإن ادعاه أكثر من اثنين فالحقته القافة بهم لحق

وقد نص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ، ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا .
وقال القاضي : لا يلحق بأكثر من ثلاثة ، وهو قول محمد بن الحسن . وروى
عن أبي يوسف . وقال ابن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين . وروى أيضا
عن أبي يوسف .

وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم : لاحكم للقافة بل إذا سبق
أحدهما بالدعوى فهو إبنه ، فإن ادعى معاً فهو ابنها ، وكذلك إن كثر الواطنون
وادعوه معاً فإنه يكون لهم جميعاً .

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة واليمين ، وبه قال ابن
أبي ليلى وإسحاق ، وعن أحمد نحوه إذا عدت القافة ، وقد ذكرنا أكثر هذه
المسائل مشروحة مدلولاً عليها في مواضعها . والغرض هنا ذكر ميراث المدعى
والتوريث منه وبيان مسائله

مسألة ، إذا الحق بإثنين فمات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقي لها ، فإن
كان لكل واحد منهما ابن سواء أو لأحدهما ابنان فلأمه السدس ، فإن مات أحد
الابوين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين ، فإن مات الغلام بعد ذلك فلأمه السدس
والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاختوته لأنهما محجوبان بالآب الباقي ، فإن كان
الغلام ترك ابناً فللإبن من الأبوين السدس والباقي لابنه ، وإن مات قبل أبويه
وترك ابناً فلها جميعا السدس والباقي لابنه ، فإن كان لكل واحد منهما ابوان
ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولأبى
المدعين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقي للإبن فإن لم يكن
إبن فللجدين الثلث لأنهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين ، وعند أبي حنيفة الباقي
كله للجدين لأن الجد يسقط الأخوة ، وإن كان المدعيان أخوين والمدعى جارية
فمات وخلفا أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للآب فإن مات الآب
بعد ذلك فلها النصف لأنها بنت ابن .

وحكى الخبر عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لها الثلثين لأنها بنت إبنه
فلها ميراث بنتي ابن وإن كان المدعى ابناً فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوها

فبرائه بين الغلام والبنت على ثلاثة . وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن ، وإن كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه ، وعلى القول الآخر له ثلثاه ولها سدسها وإن كان المدعيان رجلا وعمة والمدعى جارية فأتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الأصغر فلها النصف والباقي لأبي العم لأنه أبوه . وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضا ، وعلى القول الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن . وإن كان المدعى رجلا وابنه فمات الابن فلها نصف ماله ، وإذا مات الاب فلها النصف أيضا . وعلى القول الآخر لها الثلثان

وقال أبو حنيفة : إذا تداعى الأب وابنه قدم الأب ولم يكن للابن شيء ، وإن مات الأب أولا فما بين ابنه وبينها على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الأصغر لتكونها بنته وباقيها لأنها أخته ، وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه ودفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا . فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابنا وألفا ، ثم مات الثاني وترك ابنا وألفين ، ثم مات الثالث وترك ابنا وعشرين ألفا وترك أربعة آلاف وأما حرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفا وخمسمائة فلأمه سدسها والباقي بين إخوته الثلاثة أثلاثا ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع إلى الإمام ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة ، لأن أدنى الأحوال أن يكون ابن صاحب الألف ميراث منه خمسمائة ، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب الألف وابن صاحب الألفين ما وقف من مال أبييهما لأنه لم يكن أخا لها فذلك لهما من أبييهما ، وإن كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بإرثه منه ويورد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث ألف ويبقى ثلثا ألف موقوفة بينه وبين الأم لأنه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر ألفا لأمه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة بدعيها ابن صاحب الألف كلها ويدعى منها ابن صاحب الألفين ألفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما وبين الأم وسدس الألفين بين الأم وابن صاحب

الالف ، فإن ادعى أخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الأول خمسة أتباعه منها تسعان بين الغلام والبنت وثلاثة أتباع بينه وبين الأب ويوقف من مال الثاني خمسة أسداس بينه وبين الأب ، فإن مات الأب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لأنه ابن ابنة يتيمن ويدفع الى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقي ، فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فتعطيه أقلهما ، فللغلام في حال الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الأول ، وفي حال كل الموقوف من مال الأول وثلث الموقوف من الثاني فله أقلهما : وللبنت الميت الأول في حال النصف من مال أبيها وفي حال السدس من مال عمها ، وللبنت الأب في حال نصف الموقوف من مال الثاني ، وفي حال ثلاثة أعشاره من مال الأول فتدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه ، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى .

ومنى اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضهم قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها على ما بينا في الدرامم إن تراضوا على ذلك ، أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح .

ولو ادعى إثنان غلاما فالحقته القافة بهما ، ثم مات أحدهما وترك ألفا وبنتا وعمما ، ثم مات الآخر وترك ألفين وابن ابن . ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركه أيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركه الثاني كلها له لأنه ابنه فهو أحق من ابن الابن ، ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لأنه ابن أخيه ولا شيء للعم ، وإن لم يثبت نسب فلا بد الأول ثلث الألف ويوقف ثلثاها وجميع تركه الثاني ، فإذا مات الغلام فلامه من تركته ألف وتسع مائة : لأن أقل أحواله أن يكون ابن الأول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لأنه لهما ، إما عن صاحبها أو الغلام ويرد الموقوف

من مال الثاني الى ابن ابنته لانه له إما عن جده وإما عن عمه وتعطى الام من تركته
الغلام ألفا وتسمى ألف لانه أقل مالها ويقي ألف وسبعة أنساع ألف تدعى
الام منها أربعة أنساع ألف تمام تلك خمسة آلاف ، ويدعى منها ابن الابن ألفا
وثلاثا تمام ثلاث خمسة آلاف وتدعى البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا
بينهم حتى يضطلحوها .

ولو كان المولود في يدي امرأتين فادعياه معاً أرى القافة معهما ، فإن الحققة
يأحدهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات ، وإن الحققة بها أو فقه
عنهما لم يلحق بواحدة منهما ، وإن قامت لكل واحدة منها ينة تعارضتنا ولم تسمع
بينهما ، وبهذا قال أبو يوسف والثوري . وقال أبو حنيفة . يثبت نسه منها
ويرثانه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم تسمع كما لو علت . ومن ضرورة ردها
ردهما لعدم العلم بعينها ، ولأن هذا حال فلم يثبت بينة ولا غيرها ، كما لو كان الولد
أكبر منهما .

ولو أن امرأة معها صبي ادعاه رجلان ، كل واحد يزعم انه ابنه منها
وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما ، وإن صدقت أحدهما لحقه ، كما لو كان بالغا
فادعياه فصدق أحدهما ، ولو أن صبيا مع امرأة فقال زوجها : هو ابني من غيرك
فقال : بل هو ابني منك لحقهما جميعا

كتاب الولاء

قال الله تعالى (٣٣ : • فإن لم تعلموا آيائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم) يعني الأدعياء ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : الولاء لمن أعتق ، وقال سعيد حدثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته ، متفق عليهما ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لعن الله من تولى غير مواليه ، قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وقال صلى الله عليه وسلم : مولى القوم منهم ، حديث صحيح ، وروى الحلال بإسناده عن إسماعيل ابن أبي خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال : قال لي النبي صلى الله عليه وسلم : الولاء لجة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب .

• مسألة : قال (والولاء لمن أعتق وإن اختلف ديناهما)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء ، والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم : الولاء لمن أعتق ، وأجمعوا أيضاً على أن السيد يرث عتيقه إذا مات جميع ماله إذا اتفق ديناهما ولم يخلف وارثاً سواه ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : الولاء لجة كلحمة النسب ، والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء .

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد حدثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله ابن شداد قال : كان لبنت حمزة مولى أعتقته فأتت وترك ابنته ومولاته ، فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف ، قال وحدثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الميراث للعصبة : فإن لم يكن عصبة فللمولى ، وعنه : أن رجلاً أعتق عبداً فقال للنبي صلى الله عليه وسلم : ما ترى في ماله ؟ قال : إن مات ولم يدع وارثاً فهو لك .

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرذوى الأرحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، فإذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته

النصف والباقي لمولاه ، وإن خلف ذا رحم ومولاه فاللأول لمولاه دون ذى رحمه ،
وعن عمر وعليّ : يقدم الرد على المولى وعنهما ، وعن ابن مسعود تقديم ذى الأرحام
على المولى ، ولعلمهم يحتجون بقول الله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض
في كتاب الله) .

ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ، ولأنه عصبة يعقل عن مولاه
فيقدم على الرد وذوى الرحم كابن العم .

(فصل) وإن كان للمعتق عصبة من نسبه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم
المال فلا شيء للمولى ، لا نعلم في هذا خلافا ، لما تقدم من الحديث ولقول النبي
صلى الله عليه وسلم ، ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر ،
وفي لفظ ، فلأولى عصبة ذكر ، والعصبة من القرابة أولى من ذى الولاء لانه
مشبه بالقرابة والمشب به أقوى من المشبه ، ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل
أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .
(فصل) وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافا
لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم ، الولاء لمن أعتق ، ولقوله ، الولاء لحمة
كل حمة النسب ، ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء ، ولأن
الولاء إنما يثبت له عليه لإنعامه بإعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ،
ويثبت الولاء للذكر على الأنثى والآنثى على الذكر ولكل معتق لعموم الخبر
والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد ، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟
فيه روايتان .

أحدهما : يرثه ، روى ذلك عن عليّ وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل
الظاهر ، واحتج أحمد بقول عليّ : الولاء شعبة من الرق : وقال مالك يرث المسلم
مولاه النصراني لانه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لانه لا يصلح
له تملكه : وجهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما ، لقول النبي صلى الله
عليه وسلم ، لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، ولأنه ميراث فيمنعه
اختلاف الدين كميراث النسب ، ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث فنع
الميراث بالولاء كالقتل والرق ، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فإذا منع الأقوى

فالأضعف — أولى ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله : الولاء لجهة كالحمة النسب ، وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته فإذا اجتمعا على الإسلام توارثا كالمتناسبين وهذا أصبح في الأثر والنظر إن شاء الله تعالى فإن كان لا سيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده ، وقال داود لا يرث عصبة مع حياته . ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الأقرب من العصبة مخالفاً لدين الميت والابعد على دينه ورث دون القريب .

(فصل)

وإن أعتق حربى حريباً فله عليه الولاء . لأن الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء ، وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق فانهم قالوا العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح ولو استولد أخته لم تصر أم ولد مسلماً كان السيد أو ذمياً أو حريباً . ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها إليهم ، فصح عتقهم كأهل الإسلام . وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : الولاء لمن أعتق ، فإن جاءنا المعتق مسلماً قالوا له بخاله ، فإن سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً . فإن أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه ، وهل يثبت لمعتق السيد ولأهله على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت لأنه مولى مولاه ، ويحتمل أن لا يثبت لأنه ما حصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك ، فإن كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء ، وإن أسره مولاه فأعتقه فكذلك ، وإن أسره مولاه وأجني فأعتقه قولاً أو بينهما نصفين ، فإن مات بعده المعتق الأول فلتشريكة نصف ماله لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لأنه لم ينعم عليه ، وإن سبي المعتق فأشتراه رجل فأعتقه بطل ولأهله الولاء وصار الولاء للثاني ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقيل الولاء بينهما ، واختاره ابن المنذر . لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل الولاء للأول لأنه أسبق . ولنا أن السبي يطل ملك الأول الحربى قالوا له التابع له أولى ، ولأن الولاء

بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه ، وإن أعتق ذمى عبداً كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا اعتقه الحربى سواء ، وإن أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضى أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعى ، لأن فى استرقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم ، قال ابن اللبان ولأن له أماناً يعتق المسلم أباه ، والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لأنه كافر أصل كتابى لجواز استرقاقه كعتق الحربى وكغير المعتق .

وقولهم فى استرقاقه : إبطال ولاء المسلم ، قلنا . لا نسلم بل متى أعتق عادى الولاء للأول ، وإنما امتنع عمله فى حال رقه لما منع ، وإن سلمنا أن فيه إبطال ولاءه فكذلك فى قتله وقد جاز إبطال ولاءه بالقتل فكذلك بالاسترقاق ، ولأن القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء . وقول ابن اللبان : له أمان ، لا يصح فاته لو كان له أمان لم يجز قتله ولا سبيته ، فعلى هذا إن استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء للثانى لأن الحكمين إذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منها كالنسخ والمنسوخ ، واحتمل أنه للأول لأن ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ، ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثانى ، وإن أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمى فارتد ولحق بدار الحرب فسي لم يجز استرقاقه ، وإن اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه إلا التوبة أو القتل .

(فصل : ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فى وإلى من شاء ، روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم : وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس ابن معاوية والزهرى ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، وكرهه جابر بن عبد الله بيع الولاء ، قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن إبراهيم قال : قال عبد الله ، إنما الولاء كالنسب أفبيع الرجل نفسه ؟ ، وقال حدثنا سفيان عن عمرو بن دينار ، أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتباً ، وروى ، أن ميمونة وهبت ولاء موالها للعباس ، وولأولهم اليوم لهم وأن عروة ابتاع ولاء طهمان لورثة مصعب بن الزبير ، وقال ابن جريج : قلت لعطاء ، أذنت لمولاي أن يوالى من شاء فيجوز ؟ قال نعم ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال ، الولاء

لحمة كاحمة النسب ، وقال ، لمن الله من تولى غير مزاولة ، ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقراية ، وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور ، وترده السنة فلا يعول عليه .

(فصل)

ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته وإنما يرثون المال به مع بقاءه للمعتق ، هذا قول الجمهور ، وروى نحو ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البدرى وأسامة بن زيد ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهرى والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن نشيط ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود ، وشذ شريح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئا حياته فهو لورثته ، ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فإن رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام ، الولاء للمعتق ، وقوله ، الولاء لحمة كاحمة النسب ، والنسب لا يورث وإنما يورث به ، ولأنه معنى يورث به ، فلا ينتقل كسائر الأسباب : والله تعالى أعلم .

مسألة ، قال (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء ، فإن أخذ من ميراثه شيئا رده في مثله)

قال أحمد في رواية عبد الله : الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلمه عن أبي عمرو الشيباني عن عبد الله بن مسعود : السائبة يضع ماله حيث شاء ، وقال أحمد قال عمر : السائبة والصدقة ليومهما ، ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاه لي عليك لم يكن له عليه ولاه ، فإن مات وخلف مالا ولم يدع وارثا اشترى بماله رقاب فاعتقوا في المتصوص عن أحمد ، وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فاعتقهم ، وقال عمر بن عبد العزيز والزهرى ومكحول وأبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين ، وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالى من شاء ولعل أحمد رحمه الله ذهب إلى

شراء الرقاب استحباً بفعل ابن عمر ، والولاء للمعتق ، وهذا قول النخعي والشعبي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام : الولاء لمن أعتق ، وجعله لحمة كلاحمة النسب ، فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق ، ولذلك لما أراد أهل بريدة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق ، يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء عن المعتق .

وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل ، قال : جاء رجل إلى عبد الله فقال : إنني أعتقت عبداً لي وجعلته سائمة فمات وترك مالا ولم يدع وارثاً ، فقال عبد الله : إن أهل الإسلام لا يسيون وإن أهل الجاهلية كانوا يسيون وأنت ولي نعمته فإن تأملت ونحرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال .

وقال سعيد حدثنا هشيم حدثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سواثب فاتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه : فكتب عمر أن يدفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله وإلا فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه ، وقال حدثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالاً في ميراث السائمة : هو للذي أعتقه ، وهذا القول أصح في الأثر والنظر ، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله .

وقد روى أن سالماً مولى أبي حذيفة أعتقته 'السنن' بنت يمار سائمة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال ، وعلى القول المنصوص عن أحمد : إن خلف السائمة مالا اشترى به رقاباً فاعتقوا فإن رجع من ميراثهم شيء اشترى به أيضاً رقاباً فاعتقوا ، وإن خلف السائمة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى بباقي رقاباً فاعتقوا ولا يرد على ذي الفرض (فصل) وإن أعتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته فقال أحد في الذي يعتق من زكاته إن ورث منه شيئاً جعله في مثله ، قال : وهذا قول الحسن ، وبه قال إسحاق ، وعلى قياس ذلك : العتق من الكفارة والنذر لأنه واجب عليه

وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه ، وقال مالك والعنبري ولاؤه لسائر المسلمين ويجعل في بيت المال وقال أبو عبيد : ولاؤه لصاحب الصدقة . وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، الولاء لمن أعتق ، ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقتها فكان ولاؤها لها ، وشرط العتق يوجب ولأيه معتق عن نفسه فكان الولاء له كالأولوا بشرط عليه العتق فأعتق .

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كالأولوا دفنوا إلى الساعي فاشترى بها وأعتق وكألو دفع إلى المكاتب مالا فأداه في كتابته ، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه ، فأشبه العتق من الزكاة ، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة وعلل بعضهم المنع من ذلك بأنه يجر الولاء إلى نفسه فينتفع بزكاته ، وهذا قول لأحمد رواه عنه جماعة ، وهو قول النخعي والشافعي .

مسألة ، قال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر امرأة ، وهم الوالدان ، وإن علوا من قبل الأب والأم جميعا ، والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والأخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا ، والأعمام والعلمات والأخوال والحالات دون أولادهم فمَنْ ملك أحدا منهم عتق عليه ، روى ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحامد وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ، وأعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بعدوا والأخوة والأخوات دون أولادهم ، ولم يعتق الشافعي إلا عمودي النسب ، وعن أحمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه لقول النبي (ص) لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ، رواه مسلم .

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، رواه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن ،

ولأنه ذو رحم محرم فيعتق عليه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والأخوات عند مالك ، فأما قوله ، حتى يشتريه فيعتقه ، فيحتمل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل ، وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفة عليه كما يقال ضربه فإطار رأسه ومتى عتق عليه فولأؤه له لأنه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولأؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث أو غيره ، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا .

(فصل) ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوى الأرحام لا يعتقون على سبيلهم كالأم والأخ من الرضاعة والريبة وأم الزوجة وابنتها إلا أنه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة ، وروى عن ابن مسعود أنه كرمه ، والأول أصح .

قال الزهري : جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاع ، ولأنه لا نص في عتقهم ولا هم في معنى المخصوص عليه فيبقون على الأصل ولأنهما لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته ، فأشبه الريبة وأم الزوجة .

(فصل) وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الإنفاق وثبوت الولاية له عليه : ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام .

مسألة ، قال (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا اعتقا)

هذا قول عامة الفقهاء ، وبه يقول الشافعي وأهل العراق ، وحكى ابن سريانة عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فاعتقه ، وكان قتادة يقول : من لم يشترط ولاء المكاتب فملك كاتبه أن يوالى من شاء ، وقال مكحول : أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته لجائز .

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لأنه يتبعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل

ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتبر للمدبر بلا إشكال ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : الولاء لمن أعتق ، ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبهم فيقال أبو سعيد مولى ابن أسيد وسيرين مولى أنس وسليمان ابن يسار مولى ميمونة ، وقد وهبت ولأه لابن عباس ، وكانوا مكاتبين ، وكذلك أشباههم ، ويدل على ذلك أن في حديث بريرة : أنها جاءت عائشة فقالت يا أم المؤمنين إن كاتبتي أهلك على تسع أواق فأعيني فقالت عائشة : إن شاموا عدت لهم عدة واحدة يكون ولاؤك لي فعلت . فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اشترها واشترطى لهم الولاء ، وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشتريها منهم عائشة .

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لها فالولاء له عليهما . مسألة ، قال (وولاء أم الولد لسيدها إذا مات)

بمعنى إذا عتقت بموت سيدها فولأؤها له يرثها أقرب عصبة ، وهذا قول عمر وعثمان ، وبه قال عامة الفقهاء . وقال ابن مسعود : تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له ، وعن ابن عباس نحوه وعن علي لا تعتق مالم يعتقها وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ، ولذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا ، ولا خلاف بين الفاضلين بعثها إن ولأها لمن عتقت عليه ومنهيب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد كالمدبر والمكاتب .

مسألة ، قال (ومن أعتق عبده عن رجل حتى بلا أمره أو عن صبي قالولاء للمعتق)

هذا قول الثوري والأوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف وداود ، وروى عن ابن عباس أن ولأه للمعتق عنه ، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، الولاء للمعتق ، ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له ، فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئا .

، مسألة ، قال (وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره)

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسألة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه أبو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا : الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء ويلزم العوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في اعتاقه . أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لعموم قوله عليه السلام ، الولاء للمعتق ، وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضا فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضا يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضا ، فإن الهبة جائزة في العبد كما يجوز البيع ، والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضا وكسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع .

، مسألة ، قال (ومن قال أعتق عبدك عني وعلى ثمنه فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

لأنهم في هذه المسألة خلافا وأن الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العوض فيقدر ابتياعه منه ثم توكيله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه .

، مسألة ، قال ولو قال أعتقه والثمن على كان الثمن عليه والولاء للمعتق (

إنما كان الثمن عليه لأنه جعل له جملا على اعتاق عبده فله ذلك بالعمل كما لو قال : من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار ، والولاء للمعتق لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضى صرفه إليه فيبقى للمعتق عملا بقوله عليه السلام ، الولاء للمعتق ، .

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصى بعقب عبده ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لأن الاعتاق من ماله ، وإن أعتق عنه ما يجب إعتاقه كمكفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم .

مسألة ، قال (ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاة لقوم جر معتق العبد
ولاء أولاده)

وجلة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته فزوجت عبداً فأولدها فولدها منه
أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم ، يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب
الانعام عليهم بعنق أمهم فصاروا لذلك أحرارا ، فإن أعتق العبد سيده ثبت له
عليه الولاء وجر إليه ولاء أولاده عن مولى أمهم ، لأن الأب لما كان مملوكا لم يكن
يصلح وارثا ولا وليا في نكاح ، فكان ابنه كولد الملاعة ينقطع نسبه عن ابنه
فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليها ، فإذا عتق العبد صلح الانتساب إليه وعاد
وارثا عاقلا وليا فعادت النسبة إليه وإلى مواليه ، بمنزلة مالهو استلحق الملاعن ولده .
هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء ، يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير
وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر
ابن عبد العزيز والنخعي . وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والليث وأبو حنيفة
وأصحابه والشافعي وإسحاق وأبو ثور .

ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا ينجر عن موالي الأم . وبه قال مالك بن
أوس بن الحدثان والزهرى وميمون بن مهران وحيد بن عبد الرحمن وداود لأن
الولاء لمة كلحمة النسب ، والنسب لا يزول عن ثبت له فكذلك الولاء ، وقد روى
عن عثمان نحو هذا وعن زيد ، وأنكرها ابن اللبان وقال : مشهور عن عثمان أنه
قضى الولاء للزبير على رافع بن خديج .

ولنا أن الانتساب إلى الأب ، فكذلك الولاء ، ولذلك لو كانا حرين ، كان
ولاء ولدهما لمولى أبيه ، فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الأم ضرورة ، فإذا أعتق
العبد الأب زالت الضرورة فعادت النسبة إليه ، والولاء إلى مواليه . وروى
عبد الرحمن عن الزبير ، أنه لما قدم خبير رأى فتية لعسا ، فأعجب ظرفهم وجمالهم
فسأل عنهم ، فقيل له . موالي رافع بن خديج وأبوم مملوك لآل الحرقة ، فاشترى
الزبير أباهم فاعتقه ، وقال لأولاده : انتسبوا إلى ، فإن ولاءكم لي . فقال رافع
ابن خديج : الولاء لي ، فإنهم عتقوا بعنق أمهم ، فاحتكروا إلى عثمان ففرض بالولاء .

الزبير ، فأجتمعت الصحابة عليه ، اللبس سواد في الشفتين تستحسنة العرب ، ومثله
اللبس . قال ذو الرمة :

لباء في شفتيها حوة لعر وفي اللثات وفي أنيابها شنب
(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته ، فيأتي له أولاد ، ثم يعتق حكم
العبد القن في جر الولاء . وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لأنهم عبيد ، فإن
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

(فصل) إذا انجر الولاء إلى موالى الأب ثم انقضى عاد الولاء إلى بيت
المال ولم يرجع إلى موالى الأم بحال في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن ابن عباس
أنه يعود إلى موالى الأم ، والأول أصح ، لأن الولاء جرى مجرى الانتساب .
ولو انقضى الأب وآبؤه لم تعد النسبة إلى الأم كذلك الولاء ، فإذا ثبت هذا
فولدت بعد عتق الأب كان ولداً ولدها لموالى أبيه بلا خلاف ، فإن نفاه باللعان
عاد ولاؤه إلى موالى الأم ، لأننا تبين أنه لم يكن له أب ينتسب إليه ، فإن عاد
فانسلخه عاد الولاء إلى موالى الأب .

(فصل) ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة ، أحدها : أن يكون الأب
عبداً حين الولادة ، فإن كان حراً وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حراً الأصل
فلا ولاؤه عليه ولا على ولده بحال ، وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه
ابتداءً ولا جر فيه .

الثاني أن تكون الأم مولاة ، فإن لم تكن كذلك لم تخل ، إما أن تكون حرة
الأصل ، فلا ولاؤه على ولدها بحال ، وهم أحرار بحربتها ، أو تكون أمة فولدها
رفيق لسيدتها ، فإن أعتقهم فولاهم له لا ينجر عنه بحال ، سواء أعتقهم بعد ولادتهم
أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعتقوا بعنتقها ، لأن الولاء يثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر
عن المعتق ، لقوله عليه السلام : الولاء لمن أعتق ، وإن أعتقها المولى فأنت بولد
لدون سنة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه . وإن أتت به
لاكثر من سنة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه :

لأنه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك ، وإن كانت المرأة بائناً وأنت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالآب وكان ولاؤه لمولى أمه ، وإن أنت به لأقل من ذلك لحقه الولد وانجر ولاؤه ، وولد الأمة مملوك ، سواء كان من نكاح أو من سفاح ، عريياً كان الزوج أو أجمعياً . وهذا قول عامة الفقهاء .

وعن عمر : إن كان زوجها عريياً فولده حر وعليه قيمته ولا ولاؤه عليه . وعن أحمد مثله ، وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور ، وبه قال الشافعي في القديم ثم رجع عنه . والاول أولى لأن أمهم أمة فكانوا عبيداً . كما لو كان أبوم أجمعياً .

الثالث : أن يعتق العبد سيده ، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال ، وهذا لا خلاف فيه ، فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم في الأب بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء . وأنكر ذلك مولى الأم قال قول قول مولى الأم . ذكره أبو بكر ، لأن الأصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعي

(فصل : فإن لم يعتق الأب ولكن عتق الجد ، فقال أحمد : لا ينجر الولاء ليس هو كالأب ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباؤه . وعن أحمد أنه ينجره ، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة . وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوليّه . فإن أعتق الأب بعد ذلك جره عن موالى الجد إليه ، لأن الجد يقوم مقام الأب في التعصيب وأحكام النسب فكذلك في جر الولاء . وقال زفر : إن كان الأب حياً لم ينجر الجد الولاء ، وإن كان ميتاً جره . وهو القول الثاني للشافعي

ولنا أن الأصل بقاء الولاء لمستحقه ، وأما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الأب ، والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الأب بعد الجد جره عن موالى الجد إليه ، ولو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده . ولأن الجد يدلى بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم ينجر الولاء كالأخ ، وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجر الولاء إليه كالأخ ، وعلى القول الآخر : لا فرق بين الجد القريب والبعيد ، لأن البعيد يقوم مقام الأب كقيام القريب ، وبقتضى هذا أنه متى عتق البعيد لم

الولاء. ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ، ثم إن عتق الأب جر الولاء ، لأن كل واحد يجب من فوقه ويسقط تعصيه وإرثه وولايته ، ولو لم يعتق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولأوهم لمولى أمهم وعند من يقول يجر الجد الولاء يكون لمولى الجد ، وإن لم يكن الجد مولى بل كان حر الأصل ، فلا ولاء على ولد أبيه . فإن أعتق أبوه بعد ذلك ، لم يعد على ولده ولاء لأن الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحرة الأصلية .

فصل ، وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل فلا ولاء على ولدهما ، سواء كان الآخر عريياً أو مولى لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً في إبقاء الرق والولاء ، فلأن يتبعها في نفي الولاء وحده أولى : وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء ، بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه ، فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وسواء كان الأب عريياً أو عجمياً ، وقال أبو حنيفة : إن كان أعمياً والأم مولاة ثبت الولاء على ولده ، وليس بصحيح لأنه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عريياً ، وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حرياً أو مجهول النسب أو معلومه . وهذا قول أبي يوسف ومالك وشریح وقال القاضي . إن كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة . قال ابن اللبان : وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال الحبري : وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود وإنما امتنع في محل الوفاق بحرية الأب ، فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فبقي على الأصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشك في المانع

ولنا أن الأب حر محكوم بحريته فأشبه معروف النسب ، ولأن الأصل في آدميين الحرية وعدم الولاء ، فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد ، كما لم يترك في حق الأب

وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود ممنوع ، فإنه انما ثبت لمولى الأم بشرط وفي الأب ، وهذا الشرط متف حكماً وظاهراً

وإن سلنا وجرد المقتضى فقد ثبت المانع حكماً فإن الأب حرته ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه ، وإن كان الأب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لأننا شككنا في المانع من ثبوته .

ولنا ما ذكرنا في التي قبلها ، ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل فلا ولاء على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه والاحتمال الأول راجح لوجهين .

أحدهما : أنه محكوم به في الأم فيجب الحكم به في ولدها .

الثاني : أنه معتضد بالأصل فإن الأصل الحرية ثم لو لم يرجع هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذي صاروا إليه معارضاً باحتمالين كل واحد منها مساو له فتجميعه عليها تحكم لا يجوز المصير إليه بغير دليل وهذا وارد عليه في المسألة الأولى أيضاً .

(فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولأؤهما لمولى أبيهما فإن نفاهما باللعان عاد ولأؤهما إلى مولى أمهما فإن مات أحدهما فيراثه لأمه ومواليهما فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالى الأم ، ولو كان أبوهما عبداً ولم ينفعهما وورث موالى الأم الميت منهما ثم أعتق الأب انجر الولاء إلى موالى الأب ولم يكن لهم ولاء وللأب استرجاع الميراث لأن الولاء إنما ثبت لهم عند أعتاق الأب ويفارق الأب إذا أكذب نفسه لأن النسب ثبت من حين خلق الولد .

(فصل) وإذا تزوج عبد معتقة فاستولدها أولاداً فهم أحرار ولأؤهم لموالى أمهم فإن اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولأؤه ويجر إليه ولاء أولاده كاهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أمه لأنه لا يكون مولى نفسه ، وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة وأبو حنيفة في أهل العراق والشافعي ، وشذ عمرو بن دينار المدني فقال يجر ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه ، قال ابن سريج ويحتمله قول الشافعي ولا يعول على هذا القول لشذوذه ، ولأنه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونه مع كونه مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا

مثل هذا في الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها
 لكن لو اشترى هذا الولد عبدا فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فانه ينجر
 إليه ولأبيه سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه إياه وللمعتق ولأبيه معتقه
 بولائه على أبيه وجده ولأبيه بولائه باعتاقه إياه ولا يتمتع مثل هذا كما لو أعتق الحرابي عبدا
 فأسلم ثم أسر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل
 ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء ، وكما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل
 واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء ، وإن تزوج ولد المعتقة بمعتقة فأولدها ولدا
 فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه ولأبيه وسائر أولاد جده وم
 عمومه وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولأيه المشتري لمولى أم أبيه ، وعلى قول
 عمرو بن دينار يبقى حرا لا ولأيه عليه .

(فصل)

إذا تزوج عبد لمعتقة فأولدها ولدا فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولدا
 فولأه هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لأن له الولاء على أبيه
 فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده ، ولأن الولاء الثابت على الأب يمنع
 ثبوت الولاء لمولى الأم .

والوجه الثاني : ولاؤه لمولى أمه لأن الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل
 ذلك ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه أولى بما ثبت في حق أبيه ، ألا ترى أنه
 لو كان له مولى ولأبيه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه ؟ فإن كان له مولى
 أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك ، فعلى الوجه الأول يكون لمولى أم الجد
 وعلى الثاني يكون لمولى الأم .

(فصل) وإن تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابنا
 فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولدا فولأه هذا الولد لمولى أم أبيه لأن له
 الولاء على أبيه ، وإن تزوجت بنت بمملوك فولأه ولدها لمولى أبيها لأن ولأيه
 فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الأم على الوجه الأول لأن
 مولى أبي الأم يثبت له الولاء على أبي الأم فكان مقدما على المعتقين أمها ويثبت
 له الولاء عليها .

فصل في دور الولاء

إذا تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء وتجر كل واحدة منهما نصف ولأختها اليها لأنها أعتقت نصف الأب ولا يتجر الولاء الذي عليها ويبقى نصف ولأختها كل واحدة منهما لمولى أمها فإن مات الأب فماله لهما ثلثاه بالبنوة وباقيه بالولاء فإن ماتت أحدهما بعد ذلك فلاختها النصف بالنسب ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها نصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها فإن كانت أحدهما ماتت قبل أبيها فمالها لا يها ، ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها فمالها لا يها . ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالى البنت التى ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف — أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم الميتة الثمن فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لموالىها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أختها الميتة وهم أختها وموالى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع الى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه الميتة ثم دار فيها فقال القاضي يجعل في بيت المال لأنه لا مستحق له نعله وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعى .

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين : هو لمولى أم الميتة ، وهذا قول الجمهور وهاتان المسألتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله ، فإن مات الابنتان قبل الأب ورث مالهما بالنسب فإن مات بعدهما فماله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها يقسمان أيضا لموالى أمها سهم وسهم دائر يرجع الى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولى أمها ثلاثة أرباع فإن كن ثلاثا ماتت أحدهن قبل الأب والآخرى بعده فالأب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقي بولائهما عليه وثلثا الباقي بولائهما على أختها ويبقى لمولى الأم سهم ، ومال الثانية على ثمانية عشر للحيبة تسعة بالنسب وثلاثة بولائها عليها ولمولى أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالى الميتة الأولى للحيبة سهم ولمولى أمها سهم ويبقى

سهم دائر فن جعله لبيت المال دفعه إليه ومن جعله لمولى الأم فهو له ومن لم يدفعه
قسمه بين الحية ومولى الأم نصفين وترجع بالاختصار إلى أربعة فإن كانت
أمهاتهن شتى فن اثني عشر ، فإن اشترى الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو
والكبرى جد هما ثم مات الأب فماله بينهم اثلاثا ثم إذا مات الجد وخلف ابنتي
ابنه فلها الثلثان والكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالى
الأب لأنه مولى نصف الجد وهم ابتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه
وللصغرى ربعه وسدسه فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاها لأبيها
فالجواب فيها كالتى قبلها .

باب ميراث الولاء

بمعنى واقفه أعلم الميراث بالولاء. وأضاف الميراث إليه لأنه سبه فإن الشيء
يضاف إلى سبه كما يقال : دية الخطأ ودية العمد وإنما قلنا ذلك لأن الولاء لا يورث
وإنما يورث به ، وهذا قول الجمهور : روى نحو ذلك عن عمر وعثمان وعلى
وزيد وابن مسعود وابن عمر وأسامة بن زيد وأبي مسعود البدرى وأبي بن كعب
وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي
وإبراهيم ومالك والشافعى وأهل العراق وداود وجعل شريح الولاء موروثة كالمال .
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق ، وقوله : الولاء لحنه
كلمة النسب ، والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء : ولأن الولاء إنما
يحصل بإنعام السيد على المعتق ، وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء .

، مسألة ، قال (ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن
أو كاتبن أو كاتب من كاتبن)

وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله فى بنت المعتق خاصة أنها ترث لما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه ورث بنت حمزة من الذى أعتقه حمزة ،
قوله . ولا يرث النساء من الولاء لما قدمنا من أن الولاء لا يورث ولهذا قال : إلا
ما أعتقن ومعنقهن ولاؤه لهن فكيف يرثه ؟ والظاهر من المذهب أن النساء

لا يرث بالولاء الا ما اعتقن أو اعتق من اعتقن وجر الولاء اليهن من اعتقن
والكتابة كذلك فإنها اعتاق ، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحد الرواية التي
ذكرها الحرقى في ابنة المعتق ما وجدتها منصوطة عنه ، وقد قال في رواية
ابن القاسم وقد سأله هل كان لمولى حمزة أو لابنته ؟ فقال فقد نص على أن ابنة
حمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هي المعتقة ، وهذا قول الجمهور وهو قول من سمينا
في أول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الأول لإجماع
الصحابة ومن بعدهم عليه ، ولأن الولاء لمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من
الاخ والعمة ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم
الا الذكور خاتمة .

فأما رواية الحرقى في بنت المعتق فوجهها ما روى ابراهيم النخعي ، أن مولى
لحمزة مات وخلف بنتاً فورث النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف وجعل
لبنت حمزة النصف ، والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة .

قال عبد الله ابن شداد ، كان لبنت حمزة مولى اعتقته فمات وترك ابنة
ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطى ابنة
النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف ، قال عبد الله بن شداد ، أنا أعلم
بها لأنها أختي من أمي أما سلمي ، رواه ابن اللبان بإسناده وقال هذا أصح مما
روى ابراهيم ، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء .

فأما توريث المرأة من معتقها ومعتق معتقها ومن جر ولاء معتقها فليس فيه
اختلاف بين أهل العلم ، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فان عائشة
أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال
النبي صلى الله عليه وسلم ، اشترى بها واشترط ليهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ،
متفق عليه ، وقال عليه السلام ، نحوز المرأة ثلاثة موارث عتيقها ولقيطها وولدها
الذي لا عنت عليه ، قال الترمذي : هذا حديث حسن ، ولأن المعتقة منعمة
بالإعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث ، وفي حديث مولى بنت حمزة
الذي ذكرناه تنصيب على توريث المعتقة : وأما معتق أيها فهو بمنزلة عمها أو عم
أيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسيب .

ومن مسائل ذلك : رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالميراث لابن معتقه خاصة ، وعلى الرواية الأخرى يكون الميراث بينهما أثلاثاً ، فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال إلا على الرواية الأخرى فإن الميراث لها ، وإن خلف أخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة ، وكذلك إن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرها . وإن خلف أخا معتقه وأخت معتقه فالميراث للأخ ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فالمال له دون البنت إلا على الرواية الأخرى فإن لها النصف والباقي للعصبة . وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى بنت حمزة فإنه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته : فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف والباقي لمولاته ، وإن خلف ذا فرض سوى البنت كالأم أو الجدة أو الأخت أو الأخ من الأم أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته ، فإن لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك .

رجل وابنته أعتقا عبداً ثم مات الأب وخلف ابنه وبنته فإله بينهما أثلاثاً ثم مات العبد فلبنت النصف لأنها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة إلا على الرواية الضعيفة فإن الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت الثلثان ولا أخبها الثلث : وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابناً ثم مات العبد فلا ينها النصف والباقي لأخبها ، ولو لم يخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لأخبها دون بنتها ، إلا على الرواية الأخرى فإن لبنتها النصف والباقي لأخبها .

وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتاً ثم مات العبد وخلف معتقه وبنت^(١) أخبها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال ، وعلى الرواية الأخرى لها النصف بإعتاقها ونصف الباقي لأنها بنت معتق النصف والباقي لعصبة ابنها ، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنها ثم مات العبد فلا ينها النصف ولا شيء لبنت أخبها ، امرأة أعتقت أباهما ثم أعتق أبوها عبداً ثم مات الأب ثم العبد

(١) في نسخة معتقة نصفه ونصف أخبها .

فما لها لها فإن كان أبوها خلف بنتاً أخرى معها فلها ثلث مال الأب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء. ومال العبد جميعه للمعتقة دون أخيها: ويخرج على الرواية الأخرى أن يكون لها ثلث مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة ولو كان الأب خلف مع المعتقة ابناً فقال الأب بينهما أثلاثاً بالبثوة ومال العبد كله للابن دون أخته المعتقة لأنه يرث بالنسب، والنسب مقدم على الولاء، ولو خلف الأب أخاً أو عمّاً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه، لأن العصبه من النسب مقدم على المعتق في الميراث، إلا على رواية الحرقى فإن للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته.

إمراة وأخوها أعتقا أباهما، ثم أعتق أبوهما عبداً ثم مات الأب فإله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات العبد فميراثه للابن دون أخته لأنه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق، ولأن المعتق يقدم على مولاه، فإن مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فإله بين ابنته وابنه نصفين، ثم إذا مات الأب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبننت ابنه السدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس لأنها مولاة نصفه يبقى السدس لموالى الأخ إن كان ابن معتقه، وهم أخته وموالى أمه، فلأخته نصف السدس والنصف الباقي لمولى أمه لحصل لأخيه النصف والربع والسدس؛ وإن لم يكن ابن معتقه بل كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وتأخذ أخته الباقي كله بالرد إن لم يخلف الأب عصبه، فإن خلف الأب عصبه من نسبه كإخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لعصبته. ولو اشترى رجل وأخته أخاهما ثم اشترى أخوها عبداً فاعتقه ثم مات أخوها فإله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات عتيقه فميراثه لأخيه دون أخته، ولو مات الأخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها لأنه ابن أخى المعتق، وإن لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للأخت لأنها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الأخ رواية واحدة والباقي لبيت المال.

(فصل) إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فإله لبيت المال لأنه إذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالمعتق لم يثبت عليه باعتناق أبيه وإذا لم يكن

لمولاه الا ابنة لم ترث لانها ليست عصة وانما يرث عصبات المولى فاذا لم يكن له عصة لم يرجع الى معتق ابيه ، وكذلك ان كان له معتق أب او معتق جد ولم يكن هو معتقا فيراثه لمعتق ابيه ان كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق ابيه ثم لمعتق معتق ابيه فان لم يكن له أحد منهم فليت المال ولا يرجع الى معتق جده ، وإن كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وإس لمعتق ابيه شيء .

(فصل) امرأة حرة لا ولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق إنسان أباهما ويتصور هذا في موضعين .

أحدهما : أن يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي ويسبي أبواها فيسرقان .
والثاني : أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبها لم يرثها لانه إنما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الأصل فأولدها ولداً ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق ابيه لانه لا ولاء عليه . ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت احدهما أباهما فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على أختها ، فاذا مات أبوها فلها الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت أختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبتها فان لم يكن لها عصة فالباقي لأختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لانها لا ولاء عليها .

(فصل) ولا يرث من أقارب المعتق ذو فرض منفرد كالأخ من الأم والزوج لأن الولاء للعصبات وليس هؤلاء عصبات لحكمهم حكم النساء ، وقد روى عن أحمد أنه قال : لا يرث النساء من الولاء الا ما أعتقن او أعتق من أعتقن الا ان الملاعة ترث من أعتق ابنها وهذا يخرج على الرواية التي تقول ان الملاعة عصة ابنها وهي احق بالميراث من عصبتها فترث لكونها عصبه قائمة مقام ابيه ، فاما على الرواية الأخرى فان الولاء يكون لعصبتها .

مسألة ، قال (والولاء لأقرب عصة المعتق)

وجه ذلك : ان المولى العتيق اذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فان كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولداً

أو أبا أو أخا أو عما أو ابن عم أو عم أب : وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى :
فإن لم يكن له عصة من نسه كان الميراث لمولاه ثم لعصبائه الأقرب فالأقرب
ثم لمولاه وكذلك أبداً ، روى هذا عن عمر رضى الله عنه : وبه قال الشعبي
والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحبه :
وقد روى عن علي ما يدل على أن مذهبه في إمراة ماتت وخلفت ابنها وأخاها
أو ابن أخيها أن ميراث موالها لأخيها وابن أخيها دون ابنها . وروى عنه الرجوع
إلى مثل قول الجماعة ، فروى عن إبراهيم أنه قاله : اختصم علي والزبير في موالى صفية
بنت عبد المطلب ، فقال علي : أنا أحق بهم أنا أرثهم وأعقل عنهم وقال الزبير هم موالى أمي
وأنا أرثهم فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل على علي رواه سعيد قال ثنا أبو معاوية ثنا
عبيدة الضبي عن إبراهيم ، وقال حدثنا هشيم حدثنا الشيباني عن الشعبي قال : قضى
بمولا موالى صفية للزبير دون للعباس ، وقضى عمر في موالى أم هانئ بنت أبي طالب
لأبيها جعدة بن هيرة دون علي .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبي مريم ، أن امرأة اعتقت عبداً لها
ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها
رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام : ميراثه لابن المرأة ،
فقال أخوها : يا رسول الله لو جر جريرة كانت علي وبكون ميراثه لهذا ؟ قال نعم ،
وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله قال (ص) : المولى أخ في الدين
ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعتق ،

إذا ثبت هذا : فإن المعتقة إذا ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها ثم
مات مولاهما فميراثه لابنها ، وإن مات ابنها بعدها وقبل مولاهما وترك عصة
كأعمامه وبني أعمامه ثم مات العبد وترك أخا مولاته وعصة ابنها فميراثه لأخى
مولاته لأنه أقرب عصة المعتق فإن المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها
فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصة أيها . يروى نحو هذا عن علي
وبه قال أبان بن عثمان وقيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك
والشافعي وأهل العراق .

وروى عن علي رواية أخرى أنه لعصبة الابن ، وروى نحو ذلك عن عمر
وابن عباس وسعيد بن المسيب ، وبه قال شريح وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يرث
كما يرث المال ، وقد روى عن أحمد نحو هذا ، واحتجوا بأن عمرو بن شعيب
روى عن أبيه عن جده ، أن رثاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلة
فماتت أمهم فورثوا عنها ولأولادها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيتها فأخرجهم
إلى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالا لخاصته اخوتها
إلى عمر فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أحرز الوالد والولد فهو
لعصبته من كان . قال وكتب له كتابا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن
ثابت ورجل آخر قال فنحن فيه إلى الساعة ، رواه أبو داود وابن ماجه في سننهما
والصحيح الأول فإن الولاء لا يرث على ما ذكرنا من قبل ، وإنما يرث به
وهو باق للمعتق يرث به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئا
وعصبات الإبن غير عصبات أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها
وحديث عمرو بن شعيب غلط .

قال حميد . الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث . فعلى هذا لا يرث المولى
العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب
العصبات ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم . فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتصيب
كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم وورث بمافيه من التعصيب ولم يرث
بفرضه شيئا ، وإن كان عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنيتهم والأخوة وبنيتهم
والأعمام وبنيتهم اقتسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى
ما ذكرنا من الأقوال الشاذة والله أعلم .

مسألة . قال (وإذا مات المعتق وخلف أبا معتقه وابن معتقه فلا يرث معتقه
السدس وما بقي فللابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه ، وكذلك قال في جد المعتق
وابنه وقال ليس الجد والأخ والإبن من الكبر في شيء يجزيهم على الميراث وهذا
قول شريح والنخعي والأوزاعي والعمري وإسحاق وأبي يوسف .

ويروى عن زيد أن المال للإبن ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشامي
والحسن والحكم وقتادة وحامد والزهرى ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد
والشافعي وأكثر الفقهاء . لأن الإبن أقرب العصبه والاب والجد يرثان معه
بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبه وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ، ولا نسلم أن الإبن
أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبه لا يسقط أحدهما صاحبه
وانما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الإرث بالولاء ، ولذلك يقدم الاب
على الإبن في الولاية والصلاة على الميت وغيرها ، وحكم الاب مع ابن الإبن وان
سفل حكم الجد وان علا مع الإبن وابنه سواء

• مسألة ، قال وان خلف أخا معتقه وجد معتقه قالوا لاء بينهما نصفين)

وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الانصاري ، ومال ابه الاوزاعي ، وهو قول
الشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد ، والذين نزلوا الجد أبا جعلوا الجد
أولى وورثوه وحده ، وروى عن زيد أن المال للأخ ، وهو قول مالك والشافعي
لأن الاخ ابن الاب ، والجد أبوه والإبن أحق من الاب

ولنا أنها عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالاخوين ،
وان ترك جد مولاه وابنى أخى مولاه فالمال لجدّه في قولهم جميعا الا مالك جعل
الميراث لابن الأخ وان سفل ، وقاله الشافعي أيضا لأن ابن الإبن وان سفل يقدم
على الاب ، وليس هذا بصواب ، فان ابن الأخ محجوب عن الميراث بالجد فكيف
يقدم عليه ، ولأن الجد أولى بالمعتق من ابن الأخ فيرث مولاه لقول النبي (ص)
• المولى أخ في الدين وولى نعمة يرثه أحق الناس بالمعتق ، والدليل على أن الجد
أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ ، فيكون أولى لقول النبي صلى الله عليه
وسلم • الحقوا الفرائض بأهلها وما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر ، وفي لفظ
• فلأولى عصبه ذكر ، ولأن الجد أب فيقدم على ابن الأخ كالاب الحقيقي ولأنه
يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصبات

(فصل) فان اجتمع أخوة وجد فيراث المولى بينهم كال سببه ، وان اجتمع

اخوة من أبوين واخوة من أب عاد الإخوة من الابوين الجدة بالاخوة من الاب
ثم ما حصل لهم أخذه ولد الابوين ، وقال ابن سريج يحتمل أنه بينهم على عدمهم
ولا يعاد ولد الابوين الجدة بولد الاب .

ولنا أنه ميراث من الجدة والاخوة فأشبه الميراث بالنسب ، فإن كان مع
الإخوة أخوات لم يعتد بهن لأنهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالأخوة من الام
وان انفرد الاخوة من الاب مع الجدة فحكمهم حكم الاخوة من الابوين .

(فصل)

وان ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد . وكذلك ان ترك جد أبي مولاه
وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق . وقال الشافعي : هو للعم ونسبه
وان سفلوا دون جد الاب ، وهو قياس قول مالك ، قال الشافعي : ومن جعل
الجد والاخ سواء لجد الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم يرثه أولى الناس بالمعتق ، والجد أولى بالمعتق
بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك :
والمعجب أن الشافعي رحمه الله عليه نزل الجد أبا في ولاية المال وولاية الاجار
على النكاح ، ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنة ، وعتق
ابن ابنة عليه ، وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنة والجد بقذفه وغير ذلك من أحكام
الاب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء .

مسألة ، قال (واذا ملك رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده
عن ابن ثم مات المولى قالوا لا ابن معتقه لان الولاء للكبير ، ولو ملك الابنان
بعده وقبل المولى وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عدمهم
لكل واحد منهم عشرة)

هذا قول أكثر أهل العلم ، قال الامام أحمد : روى هذا عن عمر وعثمان وعلى
وزيد وابن مسعود ، وروى سعيد حدثنا هشيم حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي
أن عمر وعلياً وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكبير ، وروى ذلك

عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدرى وأسامة بن زيد، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهرى وقتادة وابن قسيط^{١٢} ومازك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود، كلهم قالوا الولاء للكبير، وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصباء سيده، أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد.

قال ابن سيرين: إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلا الذى أعتقه فيجعل ميراثه له، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء إلى عصبته لأن الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وإنما يورث به، فهو باقى للمعتق أبداً لا يزول عنه، بدليل قوله عليه السلام: إنما الولاء لمن أعتق،

وقوله: الولاء لحة كلمحة النسب، وإنما يرث عصبه السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء، ويتضح معنى هذا القول بمسألتى المحرق اللتين ذكرناهما هنا، وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن معتقه، لأن ابن المعتق أقرب عصبه سيده. ولو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك إذا مات المولى.

والمسألة الأخرى: إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما إذا والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشرة لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه، ولو كان الولاء موروثاً لانعكس الحكم فى المسألتين وكان الميراث فى المسألة الأولى بين الابن وابن الابن، كان الابنين ورثا الولاء عن أبيهما، ثم ما صار للابن الذى مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث المولى بينه وبين عمه نصفين.

وفى المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبنى الابن الآخر النصف بينهم على عددهم، وشذ شريح فقال: الولاء بمنزلة المال يورث عن المعتق، فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته.

وقد حكى عن عمر وعلى وابن عباس وابن المسيب نحو هذا، وروى عن حنبل

ومحمد بن الحكم عن أحمد نحوه ، وغلطها أبو بكر في روايتهما ، فإن الجماعة رويوا عن أحمد مثل قول الجمهور . قال أبو الحارث : سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبير فقال كذا روى عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبير ، إلى هذا القول أذهب . وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابنين فيموت أحد الابنين ويخلف ابناً ، فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شيء مع الابن ، وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه والقباس على المال .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، المولى أخ في الدين وولى نعمة ، وأولى الناس به أقربهم من المعتق ، وقوله عليه السلام ، الولاء لمن أعتق ، وقوله ، الولاء لمة كلعمة النسب ، ولأنه من أسباب النوارث فلم يورث كالقراة والنكاح ، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافة فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو ابن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاة الشعبي والأئمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم ، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لأن الولاء لا يورث ، بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض : وإنما يورث به فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصباته يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده فإذا خلف ابن مولاه وابن ابن مولاه فإله لابن مولاه .

وإن خلف ابن ابن مولاه وتسعة بنى ابن آخر لمولاه فإله بينهم على عددهم لكل واحد عشره لأنهم يرثون جدم كذلك .

ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه فإله ابنه بعده عن ابن ، ثم مات عتيقه فإله بين ابني نصفين ، وفي قول شريح هو لابن الابن الذي كان حياً عند موت ابنه . وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين ، فإله الأخ من الأب عن ابن ثم مات العتيق فإله لابن الأخ من الأبوين . وفي قول شريح هو لابن الأخ من الأب وإن لم يخلف عصبه من نسب مولاه فإله لمولى مولاه ثم لأقرب عصباته ثم لمولى مولاه ، فإذا انقرض عصباته وموالي الموالى وعصباتهم فإله لبيت المال .

« مسألة ، قال (ومن اعتق عبداً فولأؤه لابنه وعقله على عصبته)

هذه المسألة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبته من نسبه ولا وارثاً منهم ،
 إذ لو خلف وارثاً من نسبه أو عصبته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبته مولاه
 وولده فليس في ذلك إشكال ، وإذا لم يخلف إلا ابن مولاه وعصبته مولاه فإله لابن
 مولاه لأنه أقرب عصبته المعتق ، وعقله إن جنى جناية على عصبته مولاه إن كان
 المعتق امرأة لما روى إبراهيم قال : اختصم علي والزبير في مولى صديقه فقال علي :
 مولى عمي وأنا أعقل عنه : وقال الزبير : مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير
 بالميراث وقضى علي بالعقل ، ذكر هذا الإمام أحمد ورواه سعيد في السنن وغيره
 وهي قضية مشهورة ، وعن الشعبي قال : قضى بولاء صفة للزبير دون العباس :
 وقضى بولاء أم هانئ لجعدة بن هبيرة دون علي ، ولا يمتنع كون العقل على العصبته
 والميراث لغيره كما قضى النبي صلى الله عليه وسلم بميراث التي قتلت هي وجنينها لبنها
 وعقلها على العصبته .

وقد روى زياد بن أبي مريم : أن امرأة اعتقت عبداً لها ثم توفيت وترك
 ابنها وأخاها ، ثم توفي مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله
 صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام : ميراثه لابن المرأة ، فقال أخوها
 لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا ؟ قال نعم ، وإنما حملنا مسألة الحرق
 على ما إذا كان المعتق امرأة ، لأن الأخبار التي رويناها إنما وردت فيها ، ولأن
 المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وغفل عنها عصباتها
 من عشيرتها ، أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه لأنه عصبته من أهل العقل
 ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصبته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه
 بآبائين المرأة والله أعلم .

(فصل) فإن كان المولى حياً وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله
 الميراث ؛ لأنه عصبته معتقه ، وإن كان صيباً أو امرأة أو معتوها فالعقل على
 عصبته والميراث له لأنه ليس من أهل العقل ، فأشبه ما لو جنوا جناية خطأ كان
 العقل على عصباتهم ، ولو جنى عليهم كان الأرض لهم

فصل

ولا يرث المولى من أسفل معتقه^(١) في قول عامة أهل العلم ، وحكى عن شريح وطاوس أنها ورثناه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس ، أن رجلا توفي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس له وارث إلا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه ، قال الأرمذى هذا حديث حسن ، وروى عن عمر نحو هذا .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما الولاء لمن أعتق ، ولأنه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي ، وإعطاء النبي صلى الله عليه وسلم له قضية في عين يحتمل أن يكون وارثاً بحجة غير الإعتاق وتكون قاعدة الحديث أن إعتاقه له لم ينعه ميراثه ، ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلاً ، إذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه . وقال الشافعى في القديم : يعقل عنه لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه .

ولنا أن العقل على العصبات وليس هذا منهم ، وما ذكره لا أصل له وينعكس كسائر العاقلة فإنه لم ينعم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل .

(فصل) فإن أسلم الرجل على يدي الرجل لم يرثه بذلك في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وقد روى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول إسحاق ، وحكى عن إبراهيم أن له ولأهـ ويعقل عنه ، وعن ابن المسيب إن عقل عنه ورثه وإن لم يعقل عنه لم يرثه ، وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله لما روى راشد بن سعد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه ، رواه سعيد وقال أيضاً حدثناه عيسى بن يونس حدثنا معاوية بن يحيى الصدقى عن القاسم السامى عن أبي أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من أسلم على يديه رجل فله ولأؤه ، وروى بإسناده عن نعيم الدارى أنه قال ، يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل

(١) في نسخة من أصل معتقه .

من المسلمين ؟ فقال هو أولى الناس بحياه وعماته ، رواه أبو داود والترمذى وقال لا أظنه متصلا :

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما الولاء لمن أعتق ، ولأن أسباب التوارث غير موجودة فيه وحديث راشد مرسل وحديث معاوية فيه أمارة بن يحيى الصدق وهو ضعيف وحديث تميم تكلم الترمذى فيه .

(فصل)

وإن عاقد رجل رجلا فقال عاقدتك على أن ترثني وأرثك وتعقل عني وأعقل عنك فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به إرث ولا عقل ، وبه قال الشافعى وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فإذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم لقوله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ولأن هذا كالوصية ووصية الذى لا وارث له بجميع ماله جائزة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما الولاء لمن أعتق ، ولأن أسباب التوارث محصورة فى رحم ونكاح وولاء : وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذى رحم شيئا ، قال الحسن نسخها (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) وقال مجاهد فآتوهم نصيبهم من العقل والنصرة والرفادة ، وليس هذا بوصلة لأن الوصى لا يعقل فله الرجوع ، وهذا عندهم بخلافه .

(فصل : والقيط حر لا ولاء عليه فى قول الجمهور وفقهاء الامصار ، وروى عن عمر أن ولاءه للقطعة ، وبه قال الليث واسحاق ، وعن إبراهيم إن نوى أن يرث منه فذلك ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، المرأة تحوز ثلاثة موارث لقيطها وعتيقها وولدها الذى لا عنت عليه .)

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما الولاء لمن أعتق ، ولأنه ليس بقراة ولا عتيق ولا ذى نكاح فلا يرث كالأجنبي والحديث فيه كلام .

كتاب الوديعة

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) وقوله تعالى (فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته) وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أد الامانة إلى من ائتمنتك ولا تخن من خائنك .

وروى عنه عليه السلام ، أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر عليها أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الابداع والاستيداع والعمرة تقتضيها فإن بالناس إليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم ، والوديعة فعبلة من ودع الشيء إذا تركه أي هي متروكة عند المودع ، واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكانها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هي مشتقة من الحفظ والدعة فكانها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته ، وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) فان أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل .

مسألة ، قال (وليس على مودع ضمان إذا لم يتعد)

وجملته أن الوديعة أمانة فاذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب ، هذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، قال القاضي والاول أصح لان الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الامانة ، وپروی عن

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي (ص) قال: ليس على المستودع ضمان ،
ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم ، ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف
من غير تعديه وتفريطه كالذي ذهب مع ماله ، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها
متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع
وذلك مضر لما ينه من الحاجة إليها وما روى عن عمر محمول على التفريط من
أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرنا : فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها
فتلفت ضمن بغير خلاف فعله لأنه متلف للمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع .
(فصل) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة قبله أو قال : أنا
ضامن لها لم يضمن ، قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرت فلا شيء .
عليه وكذلك كل ما أصله الأمانة كالضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة : وبهذا
قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد
سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالك .

مسألة ، قال (فإن خلطها بماله وهي لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله
أو أودعها غيره فهو ضامن)

في هذه المسألة ثلاث مسائل ، إحداها : أن المستودع إذا خلط الوديعة بما
لم يتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من
جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدراهم أو دهنًا بدهن كالزيت بالزيت
أو السمن أو بغيره ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي .
وقال ابن القاسم أن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن ، وحكى
عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة .
ولنا أنه خلطها بماله خلطا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ،
ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها
في لجة بحر ، وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه ،
لأنه فعل ما أمر به فكان نائبا عن المالك فيه ، وقد نقل معنا عن أحمد في رجل
استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها بخلطها فصاعت

الدراهم فلا شيء عليه فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى : وإن اختلطت هي بغير قريط منه فلا ضمان عليه لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن بخلطها أولى ، وإن خلطها غير ماضيان على من خلطها لأن العدوان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها .

المسألة الثانية : إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرز مثلها فانه يضمنها ، وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة ، وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه ، فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرز مثلها أو لم يكن ، وإن أحرزها بمثل أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة .

المسألة الثالثة : إذا أودعها غيره : ولها صورتان : أحدهما : أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب ، وهو قول شريح ومالك الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق ، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لأن عليه حفظها وأحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه . ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن إيداعها ، وهذا صحيح فانه أمره بحفظها بنفسه ولم يررض لها غيره .

فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه ، وإن أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضى أنه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد لانه ذكر الضمان على الأول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضا موجبا للضمان على الأول فلم يوجب ضمانا آخر وفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب إنما لزمه الضمان بالغصب ، ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضا لانه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالمقبض من الغاصب ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر أحمد الضمان على الأول لا يتنى الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب ولا يتنى وجوبه على القابض منه ، فعلى هذا يستقر الضمان على الأول فإن ضمنه لم يرجع على أحد وإن ضمن الثاني يرجع على الأول ، وهذا القول أشبه

بالصواب وما ذكرنا للقول الأول لا أصل له ثم هو متقضى بما إذا دفع الوديعة إلى إنسان عارية، أو هبة، أو وديعة لنفسه، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كإمراته وغلّامه لم يضمن نصر عليه أحد، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: يضمن لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها إلى أجنبي.

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله، فأشبهه ماله وحفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو دفع البهيمة إلى غلامه لبسقيها ويفارق الأجنبي فإن دفعها إليه لا يعد حفظاً منه.

الصورة الثانية: إذا كان له عذر مثل أن أراد سفراً أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره، فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجوز له دفعها إلى غيره فإن فعل ضمنها لأنه دفعها إلى غير مالكتها بغير إذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في الصورة الأولى، وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن لأنه متبرع بإمسائها فلا يلزمه استدامته، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لأن غير الحاكم لا ولاية له، ويحتمل أن يجوز له إيداعها لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها، وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لأنه موضع حاجة.

وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ثم تناول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الحاكم، وإن دفنها في موضع وأعلم بها ثقة بده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده، وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها لأنه فرط في حفظها فإنه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها لأنه ربما أخذها، وإن أعلم بها ثقة لا يده على المكان فقد فرط لأنه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

(فصل) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف

لصاحبها وان لم يكن نهاء لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف
ضمنها لأنه مرط في حفظها وان لم يكن كذلك فله السفر بها .

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن . وبهذا قال
أبو حنيفة ، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم
أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه ما لو كان السفر مخوفاً .

ولنا انه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ولأنه سافر بها
سفرأ غير مخوف ، أشبه ما لو لم يجد أحداً يتركها عنده ، ويقوى عندي انه متى
سافر بها مع القدرة على مالئها أو نائبه بغير اذنه فهو مفرط عليه الضمان لأنه
يفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخاطر بها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : ان المسافر وماله لم يفلت الا ما وفق الله ، اي على هلاك ، ولا يلزم من
الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على
صاحبها الاذن فيها يتضمن ذلك ، فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان
احفظ لها لأنه موضع حاجته فيختار فعل ما فيه الحظ

(فصل)

وان حضره الموت لحسكه حكم السر على ما مضى من احكامه الا في اخذها
معه لان كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

، مسألة ، قال (وان كانت غلة خلطها في صحاح او صحاحا خلطها في غلة

فلا ضمان عليه)

يعنى بالغلة المكسرة اذا خلطها بصحاح من ماله او خلط الصحاح بالمكسرة
لم يضمنها لانها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو
تركها في صندوق وفيه اكياس له ، وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه اختلافاً
وكذلك الحكم اذا خلط دراهم بدنانير ، وبهذا يسود .

وقد حكى عن أحمد فيمن خلط دراهم ببسود يضمنها ولعله قال ذلك
لكونها تكتسب منها سواداً او يتغير لونها فتتقص قيمتها فإن لم يكن فيها ضرر
فلا ضمان عليه والله تعالى اعلم .

« مسألة ، قال : ولو أمره أن يجعلها في منزل فأخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلا ضمان عليه)

وجه ذلك : أن رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه لحفظ فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه يمثل لأمره غير مفرط في ماله وإن خاف عليها سبلا وتوى ، يعني هلاكا ، فأخرجها منه إلى حرزها فتلقت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضا لأن نقلها في هذه الحال تغين حفظا لها وهو مأمور بحفظها وإن تركها مع الخوف فتلقت ضمنها سواء تلقت بالأمر المخوف أو بغيره لأنه فرط في حفظها لأن حفظها نقلها . وتركها تضيق لها وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها لأنه خالفه في الحفظ المأمور به ، وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضا لتفريطه ، وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواء ، وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عند فقال القاضي لا يضمنها ، وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن أكرى أرضا لزراع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ، ويحتمل كلام الحرق لزوم الضمان لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل ، وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها إلى مثله فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن إخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلقت ففيه وجهان .

أحدهما : يضمن لما ذكرنا في التي قبلها .

والثاني : لا يضمن لأنه يمثل لقول صاحبها ، وفي أنه إذا أخرجها لغير عند ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة ، وهذا ظاهر كلام الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيت من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر ، فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية ، وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن .

ولنا أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار وليس ما فرق به صحيحا لأن بيوت الدار تختلف فمتى ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو إلى الانهدام أو أسهل فتحا أو بابا أسهل كسرا أو أضعف حائطا أو أسهل نقبا أو لكون المالك يسكن به أو يسكن في غيره وأشياء هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه ، فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة ، وإن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها فإن تركها فتلفت ضمنها لأن نهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها وحفظها هنا في إخراجها ، فأشبه ما لو لم ينه عن إخراجها .

فإن قال : لا تخرجها ، وإن خفت عليها فأخرجها من غير خوف ضمنها ، وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها لأن نهي مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتناع أمر صاحبها كما لو قال له أتلغها فأتلفها ولا يضمن إذا أخرجها لأنه زيادة خير وحفظ لم يضمن به كما لو قال له أتلغها فلم يتلفها حتى تلفت .

فصل في إخراجها

وإن أودعه وديعة ولم يعين له موضع إخراجها فإن المودع يحفظها في حرز مثلها أي موضع شاء فإن وضعها في حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها سواء نقلها إلى مثل الأول أو دونه لأن ربه أراد حفظها إلى رأيه واجتهاده وأذن له في إخراجها بما شاء من إخراج مثلها ولهذا لو تركها في هذا الثاني أولا لم يضمنها فكذلك إذا نقلها إليه .

ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل أحفظها في موضعها فنقلها عنه من غير خوف ضمنها لأنه ليس بمودع إنما هو وكيل في حفظها وليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه إخراجها لأنه ماور بحفظها وقد تعين حفظها في إخراجها ويعلم أن صاحبها لو حضر في هذه الأحوال لأخرجها ولأنه ماور بحفظها على صفة فإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف عليها .

(فصل اذا أخرج الوديعة المنهى عن اخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لأن هذا مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لأنه أمر ظاهر فإذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لأنه تعذر إقامة البينة فلم يطالب بها كما لو ادعى التلف بأمر خفي ، وهذا قول الشافعي والحكم في اخراجها من الخريطة والصندوق حكم اخراجها من البيت على ماضى من التفصيل فيه .

فصل

ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لأن البيت أحرز لها ، وإن جاء بها في السوق فقال أحفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فلا ضمان عليه ، وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لأن بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا ، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضى إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنها لأن العادة أن الإنسان إذا أودع شيئاً وهو في دكانه أمسكه في دكانه أو في ثيابه إلى وقت مضى إلى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها ، فأما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها .

وإن قال اجعلها في كك لجعلها في جيبه لم يضمنها لأن الجيب أحرز لها لأنه إنما ربما نسي فيسقط الشيء من كك بخلاف الجيب ، وإن قال اجعلها في جيبك فتركها في كك ضمنها لذلك ، وإن جعلها في يده ضمن أيضاً كذلك ، وإن قال اجعلها في كك فتركها في يده ففيه وجهان :

أحدهما : يضمن لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم . والثاني : لا يضمن لأن اليد لا يتسلط عليها الطرار بالبط والحكم بخلافه ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان ، ولما نصر الوجه الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لأنه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته ، وعلى هذا لو أمر بتركها في يده لجعلها في كك ضمن لذلك .

وقال القاضى : اليد أحرز عند المغالبة . فعلى هذا إن امر بتركها فى يده فشدّها فى كه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه ، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن . وإن أمره بشدّها فى كه فأمسكها فى يده عند المغالبة لم يضمن وإن فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقا فتركها فى جيبه أو شدّها فى كه لم يضمنها وإن تركها فى كه غير مشدودة وكانت خفية لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لأنه مفروض ، وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لأن هذا عادة الناس فى حفظ أموالهم فإن شدّها على عضده لم يضمنها لأن ذلك أحفظ لها .

وقال القاضى : إن شدّها من جانب الجيب لم يضمن وإن شدّها من الجانب الآخر ضمنها لأن الطرار يقدر على بطها بخلاف ما إذا شدّها بما إلى الجيب ، وهذا يبطل بما إذا تركها فى جيبه أو شدّها فى كه فإن الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس إمكان إحرازها بأحفظ الحرزين مانعا من إحرازها بما دونه إذا كان حرزاً بمثلها وشدّها على العضد حرز لها كيفما كان لأن الناس يحرزون به أموالهم . فأنشبه شدّها فى الكم وتركها فى الجيب ولكن لو أمره بشدّها بما إلى الجيب فشدّها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدّها بما إلى الجانب الآخر فشدّها بما إلى الجيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشدّها على عضده مطلقا أو أمره بحفظها معه فشدّها من أى الجانبين كان لم يضمن لأنه يمثل أمر مالكها يحرز لها بحرز مثلها ، وإن شدّها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها فى بيته فى حرزها .

(فصل)

وإن أمره أن يجعلها فى صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تهم فوفها بخالفه فى ذلك ، أو قال لا تقفل عليها الا قفلا واحداً لجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه . ذكره القاضى . وهو ظاهر مذهب الشافعى

وحكى عن مالك أنه يضمن لأنه خالف ربه فى شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها ، فأنشبه ما لو ناه عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة ، وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه اللص عليها ويحثه على الجدى فى سرقتها والاحتياط لأخذها . ولنا أن ذلك أحرز لها فلا يضمن بفعله كالو أمره بتركها فى صحن الدار فتركها فى البيت ، وبهذا ينتقض ما ذكره

(فصل) إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً ، فأدخل اليه قوماً سرقها أحدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديه ومخالفته ، وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده ، لأنه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها ، وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن ، لأن فعله لم يكن سبباً لإتلافها ، ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سبباً لإتلافها فأوجبته وإن لم تكن سبباً كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة

(فصل) إذا قال ضع هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البصر لم يضمنه لأنها أغلظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضعه في أناملها العليا فيضمنه أو ينكسر بها لغلظها عليه فيضمنه أيضاً ، لأن مخالفته سبب لتلفه

• مسأله ، قال (وإذا أودعه شيئاً ثم سأل به دفعه اليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن)

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكيها إذا طلبها فأمكن أداؤها اليه بغير ضرورة . وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) وأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال • أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك ، يعني عند طلبها ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها اليه كالمغصوب والدين الحال ، فإن امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لأنه صار غاصباً لكونه أمسك مال غيره بغير اذنه بفعل محرم فاشبه الغاصب ، فأما إن طلبها في وقت لم يمكن دفعها اليه لبعدها أو لخفاة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها ، لأن الله تعالى لا يكلف نفساً الا وسعها ؛ وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه ، وإن قال إيهلوني حتى أقضي صلاتي أو آكل فإني جائع أو أنام فإني ناعس أو ينهضم عني الطعام فإني ممتلئ . أمهل بقدر ذلك

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت مما

لحمه مؤنة ، قلت المؤنة أو كثرت ، لأنه قبض العين لمنفعة مالكمها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها ، كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكين من أخذها . وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها لأنه أبعدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالفاسب

• مسأله ، قال (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها)

• وجملته أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه يغرر من تركته . فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء . فإن وفيت تركته بها والا اقتسماها بالخصص . وبهذا قال الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق . وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهرى وأبي جعفر محمد بن علي . وروى عن النخعي الأمانة قبل الدين وقال الحارث المكي : الدين قبل الأمانة

ولنا أنها حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين ، وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد : وهذا إذا أقر المودع أن عنده وديعة أو على وديعه لعلان . أو ثبت بينة أنه مات وعنده وديعة ، فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ ففيه وجهان . أحدهما . وجوب ضمانها لأن الوديعة يجب ردها ، إلا أن ثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك . ولأن الجهل بعينها كالجهل بها . وذلك لا يسقط الرد .

والثاني : لا ضمان عليه لأن الوديعة أمانة والأصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها . وهذا قول ابن أبي ليلى وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي وظاهر المذهب الأول ، لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل)

• وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها ، فإن يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامه بها وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها . لأنه لم ياتمهم عليها ، وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة

من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعلية إعلام صاحبه به ، فان آخر ذلك مع الإمكان ضمن . كذا هنا ولا تثبت الوديعة إلا باقرار من الميت أو ورثته أو بيينة تشهد بها . وان وجد عليها مكتوبا وديعة لم يكن حجة عليها لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا ، أو كان وديعة لموروثهم عند غيره . أو كانت وديعة فابتاعها ، وكذلك لو وجد في رزمانج أبيه أن لفلان عندى وديعة لم يلزمه بذلك . لجواز أن يكون قد ردها ونسى الضرب على ما كتب أو غير ذلك .

مسألة ، قال (واذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعنى ، ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لأنه خرج من حال الأمانة ، ولو قال مالك عندى شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى على رجل وديعة فقال ما أودعنى ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعنى وهلك من حرزى لم يقبل قوله ولزمه ضمانها . وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى لأنه مكذب لانكاره الأول ومعتزف على نفسه بالكذب المتنافى للأمانة . وان أقر له بتلفها من حرزه قبل جرده فلا ضمان عليه . وان أقر أنها تلفت بعد جرده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بالجحود عن الأمانة فصار ضامنا كمن طوّل بالوديعة فامتنع من ردها . وان أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بيئته ؟ فقيه وجهان

أحدهما : لا تسمع لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع

والثانى : تسمع بيئته لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان لأن الأصل وجوبه فلا ينتفى بأمر متردد . وأما اذا ادعى الوديعة فقال مالك عندى شيء أو لا تستحق على شينا فقالت البينة بالإيداع أو أقر به المودع ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله مع بيئته ولا ضمان عليه ، لأن قوله لا ينافى ما شهدت به البينة ولا يكذبها ، فان من تلفت الوديعة من حرزه

بغير تخطيطه فلا شيء لما لكها عنده ولا يستحق عليه شيئا . لكن ان ادعى تلفها بعد جعوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجعود ، وأنها كانت عنده حال جعوده فعليه ضمانها لان جعوده أوجب الضمان عليه نصار كالقاصب

(فصل)

إذا نوى الحياطة في الوديعة بالجور أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لانه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو . وقال شريح يضمنها لانه أمسكها بنية الحياطة فيضمنها كالملتقط بقصد التملك

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، عني عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به ، ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل فيها بأخذها نائيا للحياطة فيها فوجب الضمان بفعله النوى لا مجرد النية ، ولو التقطها قاصدا لتعريضها ثم نوى بعد ذلك أمسكها لنفسه كانت كسالتنا ، ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضمنها . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها

ولنا أنه تعدى بإخراجها أشبه ما لو استعملها بخلاف ما اذا نقلها

(فصل) والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع اذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله . وقال أكثرهم مع يمينه ، وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضا ، وبه قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك : ان كان دفعها إليه بغير ردة وان كان أودعه إياها بينة لم يقبل قوله في الرد الا بينة

ولنا أنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة ، وان قال دفعها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وقال مالك والثوري والنعبري والشافعي وأصحاب الرأي : القول قول المالك ، لان الأصل عدم الاذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعا يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالهما ، ولو اعترف المالك بالأذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم تنظر في المدفوع إليه ، فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برئ الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه .

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ، ولا يجب التمين على صاحب الوديعة لأن المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتاج إلى بينة لأن المودع يقبل قوله في التلف والرد . فلا فائدة في الأشهاد عليه ، فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالهما .
(فصل) وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لو جهين .

أحدهما : لحرمة صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك .

والثاني : لحرمة البهيمة فإن الحيوان يجب إحياءه بالعلف والسقي ، ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة : وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضاً ، وهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأنه استخفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالهما فإذا لم بعلفها كان هو المفرط في ماله .

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم تنظر فإن قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردّها عليه أو يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع به ، فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد أصحابها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لأصحابها الحفظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وإنفاقه عليها أو إيجارها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفقه عليها وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الإنفاق عليها جاز ، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الإنفاق عليها لأنه أمين عليها ، ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضاً لنفسه من نفسه ويكل ذلك

الى اجتهاده في قدر ما يتفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع اذا ادعى النفقة بالمعروف ، وان ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وان اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول قول صاحبها لأن الاصل عدم ذلك ، فإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسبا بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لأنه مأذون فيه عرفا ولا تفريط منه اذا لم يجد حاكما ، وان فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير اذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليها فيما اذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير اذن الرامن وفي الضامن اذا ضمن وأذن بغير اذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين ، احدهما يرجع به لأنه مأذون فيه عرفا ، والثانية لا يرجع لأنه مفريط بترك استئذان الحاكم ، وان أنفق من غير اشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم او مع امكانه ففي الرجوع وجهان أيضا كذلك ، ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو امر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفصل في بهائم على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لأن هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأنشبه المصرح به .

(فصل)

وان أودعه البهيمة وقال لا تعلقها ولا تسقها لم يحجز له ترك علفها لأن للحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى ، فإن علفها وسقاها كان كالقسم الذي قبله ، وان تركها حتى تلفت لم يضمنها ، وهذا قول عامة اصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يضمن لأنه تعدى بترك علفها أشبه اذا لم ينه ، وهذا قول ابن المنذر انتهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال . فيصير أمر مالكها ومكوثه سواء .

ولنا أنه يمثل لأمر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال اقلها فقتلها وكما لو قال لا تخرج الوديعه وان خفت عليها تخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها باللقائها في نار أو بحر ، وبهذا ينتقض ما ذكره ، ومنع ابن المنذر الحكم فيها اذا أمره بإتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئا كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التائيم ، أما حق الأدمى فلا ينفى مع

أذنه في تفويته ، ولأنها لم تلتف بفعله وإنما تلتفت وترك العلف المأذون فيه ، أشبه ما لو قال له لا تخرجها إذا خفت عليها فلم يخرجها .

مسألة ، قال رحمه الله (ولو كان في يده وديعة فادعاهما تفسان فادعاهما تفسان فقال أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه)

وجملته أن من كانت عنده وديعة فادعاهما تفسان فأقر بها لأحدهما سلمت إليه لأن يده دليل ملكه فلو ادعاهما لنفسه كان القول قوله فإذا أقر بها غيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف للآخر لأنه منكر لحقه ، فإن حلف برى . وإن نكل لزمه أن يقرم له قيمتها لأنه فوتها عليه . وكذلك لو أقر للثاني بها بعد أن أقر بها للأول سلمت إلى الأول لأنه استحقها بإقراره . وغرم قيمتها للثاني ، نص على هذا أحمد ، وإن أقر بها لهما جميعا فهي بينهما ويلزمه البين لكل واحد منهما في نصفها ، وإن قال هي لأحدهما لا أعرفه عينا فاعترف أنه لا يعلمه تعيين المستحق لها فلا يمين عليه ، وإن ادعى معرفته فعليه بيمين واحدة أنه لا يعلم ذلك : وقال أبو حنيفة يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما .

ولنا أن الذي يدعى عليه امر واحد وهو العلم بيمين المالك مكفاه بيمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لأحدهما ويفارق ما إذا أنكرهما لأن كل واحد منهما يدعى عليه أنها له فهما دعويان فإن حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه .

وقال الشافعي : يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا ، وهو قول ابن أبي ليلى لأنه لا يعلم المالك منهما ، والشافعي قول آخر أنها تقسم بينهما كما لو أقر بها لهما ، وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيما حكى عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما لأنه فوت ما استودع بجهله .

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيدهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدین إذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد البفر

ياحدى نسائه : وقول أبو حنيفة ليس بصحيح ، فإن العين لم تلتف ولو تلتفت
بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن
لا ينسى ولا يجهل .

مسألة ، قال (ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل
لزومه مقدار ما أخذ)

وجعله أن من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزومه ضمان ما أخذ ، فإن رده أو مثله
لم يزل الضمان عنه ، وهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله
وقال أصحاب الرأي إن لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده
أو مثله ضمن .

ولنا أن الضمان تعلق بتمتع بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه
فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمصوب . فأما سائر الودعة فينظر فيه فإن كان
في كيس مختم أو مشدود مكسر الختم أو حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم
يخرج ، لأنه منك الحرز بفعل تعدى به : وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه
ضمان ما خرق خاصة لأنه ما منك الحرز ، وإن لم تكن الدراهم في كيس أو كانت
في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره
لأنه لم يتعد في غيره ، وإن رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن
متميزاً فظاهر كلام المحرق منها أنه لا يضمن غيره لأن التعدى اختص به فيختص
الضمان به وخطأ المردود بغيره لا يقتضي الضمان لأنه يجب رده معها فلم يفوت على
نفسه إمكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغيره ، ولو أذن له صاحب الودعة في
الأخذ منها ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن
في أخذه .

وقال القاضي : يضمن الكل وهو قول الشافعي . لأنه خلط الودعة بما
لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقا بين البدل
وغيره فلا يصح القياس ، وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان
الودعة لأنه لم يتعد في غيره .

ولنا أنه منك حرزها فضمنها اذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ، ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الحتم .

(فصل) واذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجهد ثم ردها الى صاحبها زال عنه الضمان ، فإن ردها صاحبها اليه كان ابتداء استئمان وإن لم يردها اليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برىء من الضمان في ظاهر المذهب لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين في ذمته ، واذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان ، وقد قال أصحابنا اذا رهن المصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فهذا أولى .

(فصل) ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها الى موضعها بنية الأمانة لم يبرأ من الضمان ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه بمسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدى . ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جردها ثم أقر بها ، وبهذا يبطل ما ذكره .

(فصل) ولا يصح الإبداع الا من جاز التصرف ، فان أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها اليه وإنما يزول بدفعها الى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم ، فان كان الصبي ممزأ صح إبداعه لما اذن له في التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة الى ذلك فان أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها ، فان أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي ، ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة ، لأنه سلطه على إتلافها بدفعها اليه فلا يلزمه ضمانها ، الا ترى أنه لو دفع الى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا ان ما ضمنه بالتلافه قبل الإبداع ضمنه بعد الإبداع كالبالغ ، ولا يصح قولهم أنه سلطه على إتلافها وإنما استحققه إياها ، وفارق دفع السكين فانه سبب للإتلاف ودفع الوديعة بخلافه .

(فصل) وان أودع عبداً وديعة خرج على الوجهين في الصغير ، ان قلنا لا يضمن الصبي فأتلفها العبد كانت في ذمته ، وان قلنا يضمن كانت في رقبته .

(فصل) وان غصبت الوديعة من المودع قهراً فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلها بنفسه لأن الاكراه عندها يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهراً .

(باب قصة النية والغنيمة والصدقة)

النية : هو الراجع إلى المسلمين من مال الكفار بغير قتال ، يقال : فاء النية إذا رجع نحو المشرق ، والغنيمة ما أخذ منه قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما في الحقيقة في غنيمة وإنما خصر كل واحد منهما باسم ميز به عن الآخر ، والأصل فيهما قول الله تعالى (ما آفاه الله على رسوله من أهل القرى) الآية وقوله سبحانه (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة : الآية .

مسألة ، قال (والاموال ثلاثة : في غنيمة وصدقة)

بمعنى واقع أعلم أن الاموال التي تليها الولاية من أموال المسلمين فإنها ثلاثة أقسام : قسمان يؤخذان من مال المشركين ، أحدهما : النية وهو ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركوه فرعا من المسلمين وهربوا ، والجزية عشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا البنا تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الارضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له والغنيمة ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار .

والقسم الثالث الصدقة وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها ، يروى أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى : إنما الصدقات للفقراء والمساكين - حتى بلغ - عليم حكيم) ثم قال : هذه لهؤلاء ثم قرأ (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة - حتى بلغ - وابن السبيل) ثم قال : هذه لهؤلاء ثم قرأ (ما آفاه الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال : هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت لبأتين الراعي وهو يسرو حير نصيبه منها لم يعرق به جبينه .

(فصل) ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الأمم وإنما علم الله ضعفنا

فطيها لنا راحة لنا وراحة بنا وكرامة لنا صلى الله عليه وسلم ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أعطيت خمساً لم يعطهن نبي قبلي - فذكر فيها - أحلت لي الغنائم ، متفق عليه .

وقال سعيد حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لم تحل الغنائم لقوم سود الرؤوس غيركم ، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها ، ثم كانت في أول الإسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل قول الله تعالى (يسألونك عن الأنفال ؟ قل الأنفال لله والرسول) ثم صار أربعة أخماسها للغنائمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى (واعطوا أئمة غنمتم من شيء فإن لله خمسة) فأضاف الغنيمة إليهم وجعل الخمس لغيرهم ، فبدل ذلك على أن سائر ما لهم ، وجرى ذلك بجرى قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) أضاف ميراثه إليهما ثم جعل للأم منه الثلث فدل على أن الباقي للأب ، وقال تعالى (فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً) فأحلها لهم .

• مسألة ، قال (قالني . ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها)

الركاب : الأبل خاصة . والإيجاف أصله التحريك والمراد هنا الحركة في السير إليه ، قال قتادة (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) ما قطعتم وادبوا ولا سيرتم إليها دابة إنما كانت حوائط بني النضير أطعمها الله رسول الله (ص) قال أبو عبيد : الإيجاف الإبزاع يعني الإسراع ، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفت أنا قال الله تعالى (ما أقام الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل الأموال التي يتركونها فزعا من المسلمين ونحو ذلك هو في . وما أجلب عليه المسلمون وساروا إليه وقاتلوه عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استزلوا أهله بأمان فإن النبي صلى الله عليه وسلم افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استزل أهله بالأمان فكانت غنيمة كلها .

مسألة ، قال (تخمس النية والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم)

في هذه المسألة فصول أربعة ، أحدها : أن النية مخموس كما تخمس الغنيمة في إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعي ، والرواية الثانية : لا يخمس نفلها أبو طالب فقال : إنما تخمس الغنيمة ، قال القاضي : لم أجد بما قال الحرق من أن النية مخموس نصاً فاحكبه ، وإنما نص على أنه غير مخموس ، وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر : ولا نحفظ عن أحد قبل الشافعي في النية خمس كنخمس الغنيمة ، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعي ، ولأن الله تعالى قال (ما آفاه الله على رسوله من أهل القرى — إلى قوله — والذين جاءوا من بعدهم) الآية لجعله كله لهم ولم يذكر حنساً : ولما قرأ عمر هذه الآية قال : هذه استوعبت المسلمين ، .

ووجه الأول قول الله تعالى (ما آفاه الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذی القربی والیتامی والمساكين وابن السبيل كيلاً يكون دولة بين الأغنياء منكم) فظاهر هذا أن جميع أهولاء وم أهل الخس : وجاءت الأخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلاً تتناقض الآية والأخبار وتعارض : وفي إيجاب الخس فيه جمع بينهما وتوفيق ، فإن حنسه الذي سمي في الآية وسأره ينصرف إلى من في الخبر كالغنيمة ، ولأنه مال مشترك مظهر عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز ، وروى البراء بن عازب قال : لقيت خالي ومعه الراية قلت إلى أين ؟ فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل عرس بإمرأة أبيه أن أضرب عنقه وأحنس ماله ، .

(الفصل الثاني) أن الغنيمة مخموسة ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله وقد نطق به الكتاب العزيز فقال الله تعالى (واعلموا أننا غنمتم من شيء فإن لله حنسه) لكن اختلف في أشياء : منها سلب القاتل وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فإن عمر رضي الله عنه قال : كنا لا نخمس السلب ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : من قتل قتيلاً فله سلبه ، يقتضي أنه له كله ولو حنس لم يكن جميعه له وعن أبي قتادة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس ، رواه سعيد في سننه ،

ومنها إذا قال الإمام من جاء بعشرة رهوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لأنه في معنى السلب ، ومنها إذا قال الإمام من أخذ شيئا فهو له ، وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لا خمس فيه لأنه في معنى الذي قبله ، والصحيح أن الخمس لا يسقط لأنه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل لأن ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكعبة وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصا بل نسخا لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقا ، ومنها إذا دخل قوم لائمة أهم دار الحرب بغير إذن الإمام فقد قيل إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس ، والصحيح أنه يخمس ويدفع اليهم أربعة أخماسه لبخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه .

(الفصل الثالث) أن الخمس مما يجب حمسه من النية والغنيمة شيء واحد في مصرفهما وحكمهما ولا اختلاف في هذا بين القائمين بوجوب الخمس فيهما فإن القائل بوجوب الخمس في النية غير من قاله من أصحابنا الشافعي ، وقد وافق على هذا فإنه قال في النية والغنيمة مجتمعان في أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى بمعنى في سورة الأنفال في قوله سبحانه وتعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله حمسه) الآية ، وفي سورة الحشر في قوله تعالى (ما آفاه الله على ربه) من أهل القرى) الآية . والمسمون في الآيتين شيء واحد .

(الفصل الرابع) أن الخمس يقسم إلى خمسة أسهم ، وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج والشافعي ، وقيل يقسم على ستة . سهم لله وسهم لرسوله اظاهر قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله حمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فقد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهما سادسا وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة .

وقال أبو العالية سهم الله عز وجل هو أنه إذا عزل الخمس ضرب بيده فاقبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذي سمي لله لا تجملوا له نصيبا فإن لله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم . وروى عن الحسن وقتادة في سهم ذي القربى كانت طعمة لرسول الله (ص) في حياته ، فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله .

وروى ابن عباس ، أن أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم ، ونحوه
حكى عن الحسن بن محمد بن الحنفية ، وهو قول أصحاب الرأي ، قالوا يقسم الخمس
على ثلاثة : البتاني والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم بموته وسهم قرابته أيضا .

وقال مالك : النية والخمس واحد يحملان في بيت المال ، قال ابن القاسم وبلغني
عن أئمة به أن مالكا قال : يعطى الإمام أقرباء رسول الله (ص) على ما يرى :
وقال الثوري والحسن يضعه الإمام حيث أراه الله عز وجل .

ولنا قول الله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول
ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد ، كذا
قال عطاء والشعبي ، وقال الحسن بن محمد بن الحنفية وغيره قوله (فإن لله خمسة)
افتتاح كلام يعني أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به لا لأفراده بسهم
فإن لله تعالى الدنيا والآخرة .

وقد روى عن ابن عمر وابن عباس قالا ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقسم الخمس على خمسة ، وما ذكره أبو العالية فشيء لا يدل عليه رأى ولا يقتضيه
قياس ولا يصار إليه إلا بنصر صحيح يجب التسليم له ولا نعلم في ذلك أثرا صحيحا
سوى قوله : فلا يترك ظاهر النص : وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله
من أجل قول أبي العالية ، وما قاله أبو حنيفة فبخالف لظاهر الآية ، فإن الله تعالى
سمى لرسوله وقرابته شيئا وجعل لها في الخمس حقا كما سمي للثلاثة الأصناف الباقية
فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب .

وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم ذي القربى في سبيل الله
فقد ذكر لأحد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب إليه ، ورأى أن قول ابن عباس
ومن وافقه أولى لموافقة كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فإن ابن عباس
لما سئل عن سهم ذي القربى قال ، إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا ،
ولعله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حملهما
عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك .

ومنى اختلف الصحابة وكان قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى ،

وقول ابن عباس موافق للكتاب والسنة . فإن جبير بن مطعم روى ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخنس شيئاً كما كان يقسم لبني هاشم ولبنى المطلب ، وأن أبا بكر كان يقسم الخنس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، غير أنه لم يكن يعطى قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم . وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده ، رواه أحمد في مسنده . وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر ، أنها حملا على سهم ذى القربى في سبيل الله ، فقيل أنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلبي وهو ضعيف أيضاً ، ولا يصح عند أهل النقل . فإن قالوا قال النبي صلى الله عليه وسلم ليس يباقي فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا جهة صرفه إلى النبي صلى الله عليه وسلم مصلحة المسلمين والمصالح باقية ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما يحمل لي مما آتاه الله عليكم ولا مثل هذه ، إلا الخنس ، وهو مردود عليكم ، رواه سعيد .

مسألة ، قال (وسهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم بصرف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين)

وهذا قول الشافعي . فإنه قال : أختار أن يضعه الإمام في كل أمر خص به الاسلام وأهله من سد ثغر وإعداد كراع أو سلاح أو إعطائه أهل البلاء في الاسلام . نفلا عند الحرب وغير الحرب . وهذا نحو ما قال الحرقى وهذا السهم كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الغنيمة حضر أو لم يحضر ، كما أن سهم بقية أصحاب الخنس لهم حضروا أو لم يحضروا . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع به ما شاء فلما توفي وليه أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قيل إنما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس يختص بالنبي صلى الله عليه وسلم فيسقط بموته .

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على أنصاء الباقيين من أهل الخنس لأنهم شركاؤه : وقال آخرون : بل يرد على الغانمين لأنهم استطوها بقتالهم وخرجت منها سهام ، منها سهم النبي صلى الله عليه وسلم مادام حياً ، فإذا مات وجب رده إلى من

وجد سبب الاستحقاق فيه ، كما أن تركه الميت إذا خرج منها سهم بوصية ثم بطلت الوصية رد إلى التركة .

وقالت طائفة : هو للخليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا أطعم الله نبيا طعمة ثم قبضه فهو الذي يقوم بها من بعده ، وقد رأيت أن أردّه على المسلمين . والصحيح أنه باق وأنه بصرف في مصالح المسلمين لكن الإمام يقوم مقام النبي صلى الله عليه وسلم في صرفه فيما يرى ، فان أبا بكر قال : لا أدع أمراً رأيت رسول الله (ص) يصنعه فيه إلا صنعته ، متفق عليه .

وروى عن الحسن بن محمد بن الحنفية أنه قال : اختلفوا في هذين السهمين ، يعني سهم الرسول صلى الله عليه وسلم وسهم ذي القربى ، فأجمع رأيهم على أن يحملوهما في الخيل والعدة في سبيل الله . فكان في خلافة أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله .

(فصل) وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من المقيم الصنى ، وهو شيء يختاره من المقيم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه . وهذا قول محمد بن سيرين والشامي وقتاده وغيرهم من أهل العلم . وقال أكثرهم إن ذلك انقطع بموت النبي صلى الله عليه وسلم .

قال أحد : الصنى إنما كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة لم يبق بعده ، ولا نعلم مخالفا لهذا إلا أبا ثور فإنه قال : إن كان الصنى ثابتاً للنبي صلى الله عليه وسلم فلا مام أن يأخذه من نحو ما كان يأخذه النبي (ص) ويجعله يجعل سهم النبي من خمس الخمس ، لجمع بين الشك فيه في حياة النبي (ص) ومخالفة الإجماع في إبقائه بعد موته .

قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً سبق أبا ثور إلى هذا القول ، وقد أنكر قوم كون الصنى للنبي صلى الله عليه وسلم ، واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله (ص) رفع وبرة من ظهر بعيره فقال : ما يحمل لي عما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخمس : وهو مردود عليكم ، رواه سعيد ، ورواه أبو داود بإسناده عن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الله تعالى

قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة) ففهموه أن باقية الغنائم .

ولنا ما روى أبو داود بإسناده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى بني زهير ابن قيس : إنكم إن شهدتم أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المقتم وسهم الصفي إنكم آمنون بأمان الله ورسوله ، وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس ، وأن يعطوا سهم النبي صلى الله عليه وسلم والصفي ، وقالت عائشة ، كانت صفة من الصفي ، رواه أبو داود . وأما انقطاعه بعد النبي (ص) فثبت بإجماع الأمة قبل أبي ثور وبعده عليه . وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي صلى الله عليه وسلم .

« مسألة ، قال (وخمس مفسوم في صلية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الأنثيين)

يعني بقوله ، في صلية بني هاشم ، أولاده دون من بعد معهم من مواليتهم وحلفائهم . وفي هذه المسألة فصول خمسة .

أحدها أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه ، وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوى السهام . وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطيهم . فروى جبير بن مطعم قال : وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس ، وذكر الحديث رواه أبو داود ، ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير ، فوجب القول به والعمل بحكمه

قال أحمد : حدثنا وكيع حدثنا أبو معشر عن المقبري قال ، كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى ؟ فكتب ابن عباس : إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا ،

قال أحمد : أنا أذهب إلى أنه لقراءة النبي صلى الله عليه وسلم على ما قال ابن عباس ، هو لنا ،

الفصل الثاني : ان ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم ، بدليل ما روى جبير بن مطعم قال : لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذي القربى من خيبر بين بنى هاشم وبنى المطلب . أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله (ص) فقلنا : يا رسول الله . أما بنو هاشم فلا تنكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، فما بال إخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركنا ؟ وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ؟ فقال : إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام ، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ، وشبك بين أصابعه ، وفي رواية : إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام ، رواه أحمد والبخاري ، فرعا لهم النبي (ص) نصرتهم وموافقهم بنى هاشم .

ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق شيئا ، لأن النبي (ص) لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا ، وإنما دفع إلى أقارب أبيه ، ولو دفع إلى أقارب أمه لدفع إلى بنى زهرة . وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئا ولم يدفع أيضا إلى بنى عماته ، وهم الزبير بن العوام وعبد الله والمهاجر ابنا أبي أمية وبنو جحش .

الفصل الثالث : أنه يشترك فيه الذكر والأنثى لدخولهم في اسم القرابة ، واختلفت الرواية في قسمته بينهم : فمن أحمد أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهو اختيار الحرق ومذهب الشافعي ، لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعا ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث ، ويفارق الوصية وميراث ولد الأم . فإن الوصية استحققت بقول الموصي ، وميراث ولد الأم استحق بقرابة الأم .

والرواية الثانية . يسوى بين الذكر والأنثى ، وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والأنثى فيها سواء ، فأشبه ما لو وصى لقرابة فلان أو وقف عليهم ، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الأب ، وابن الابن يأخذ مع الابن ، وهذا يدل على مخالفة الموارث ، ولأنه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوي فيه الذكر والأنثى كسائر سهامه ، ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لأنسوائهم في القرابة فأشبه الميراث

الفصل الرابع : أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الأمصار ، ويجب تعميمهم به حسب الامكان ، وهذا قول الشافعي

وقال بعضهم : يخص أهل كل ناحية بخمس مزارها الذي ليس لهم مغزى سواء ، فما يؤخذ من مغزى الروم لأهل الشام والعراق ، وما يؤخذ من مغزى الترك لمن في خراسان من ذوي القربى لما يلحق من المشقة في نقله من المشرق الى المغرب ، ولأنه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل السهم . ووجه الأول أنه سهم مستحق بقراءة الأب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث ، فلي هذا يبعث الامام الى عماله في الأقاليم وينظر كم حصل من ذلك ؟ فإن استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه ، وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع الى مستحقه كالميراث وفارق الصدقة حيث لا تنقل لأن كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله ، والخمس يؤخذ في بعض الأقاليم . فلو لم ينقل لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض ، والصحيح إن شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين ، وما ذكر من بعث الامام عماله وسعاته فهو متعذر في زماننا . لأن الامام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الاسلام ولم يبق له جهة في الغزو ولا له فيه أمر ولأن هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه ، فلي هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

الفصل الخامس : أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء ، وهذا قول الشافعي وأبي نور وقيل : لا حق فيه لغنى قياساً له على بقية السهام .

ولنا عموم قوله تعالى (ولذي القربى) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل ، ولأن النبي (ص) كان يعطى أقاربه كلهم وفيهم الأغنياء كالعباس وغيره ، ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم ، وقد روى الامام أحمد في مسنده ، أن النبي (ص) أعطى الزبير سهماً وأمه سهماً وفرسه سهمين ، وإنما أعطى أمه من سهم ذي القربى وقد كانت موسرة ولها موال ومال ، ولأنه مال مستحق بالقراءة فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث والوصية للأقارب ، ولأن عثمان وجبيراً طلبا حقيهما منه وسالاً عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران ، فعله النبي صلى الله عليه وسلم بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد ،

ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطاً لم يطلبوا مع عدمه ، ولعل النبي (ص) منعها بيسارهما وانتفاء فقرهما .

• مسألة ، قال (والخمس الثالث لليتامى)

وم الذين لا آباء لهم ولم يبلغوا الحلم ، فإن النبي (ص) قال : لا يتم بعد احتلام ، قال بعض أصحابنا : لا يستحقون إلا مع الفقر ، وهو المشهور من مذهب الشافعي ، لأن ذا الأب لا يستحق والمال أنفع من وجود الأب ، ولأنه صرف إليهم لحاجتهم ، فإن اسم اليتيم يطلق عليهم في العرف للرحمة ، ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه ، وفارق ذوى القربى فإنهم استحقوا لقربهم من رسول الله (ص) تكملة لهم ، والغنى والفقر في القرب سواء فاستويوا في الاستحقاق ، ولم أعلم هذا نصاً عن أحمد ، وعموم الآية يقتضي تخصيصهم .
وقال بعض أصحاب الشافعي : له قول آخر ، أنه للغنى والفقر لعموم النص في كل يتم وقياساً له على سهم ذى القربى ، ولأنه لو خص به الفقير لكان داخلاً في جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع ، فكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم قال أصحابنا : ويترك على الإبتام في جميع الأقطار ولا يختص به أهل ذلك الموضع ، والقول فيه كالقول في سهم ذى القربى ، وقد تقدم القول فيه

• مسألة ، قال (والخمس الرابع للمساكين)

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد هنا وفي سائر الأحكام ، وإنما يقع التمييز بينهما إذا جمع بينهما بلقطين ولم يرد ذلك إلا في الزكاة ، وسند كرمهم في أصنافها . قال أصحابنا : ويعم بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذى القربى واليتامى ، وقد تقدم قولنا في ذلك

• مسألة ، قال (والخمس الخامس لابن السبيل)

وسند كرمه أيضاً في أصناف الصدقة ، ويعطى كل واحد منهم قدر ما يوصله إليه ، لأن دفعنا إليه لأجل الحاجة فأعطى بقدرها ، فإن اجتمع في واحد أصحاب المسكين إذا كان يقبلاً وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لأنها أسباب

لأحكام ، فوجب أن تثبت أحكامها كما لو انفردت ، فإن أعطاه لئتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئا .

« مسألة ، قال (وأربعة أخماس النية لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء إلا العبيد)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لا حق لهم في النية ، وظاهر كلام أحمد والخرقي أن سائر الناس لهم حق في النية غنيهم وفقيرهم ، ذكر أحمد النية فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغنى والفقر ، وقال عمر رضي الله عنه : ما من أحد من المسلمين إلا له في هذا المال نصيب إلا العبيد فليس لهم فيه شيء ، وقرأ عمر (ما أقره الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال : هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت لباتين الراعي يسرو حير نصيبه منها لم يعرق فيها جيبته ، ولأنه مال مخموس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة .

وذكر القاضي أن أهل النية هم أهل الجهاد من المرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لأن ذلك كان للنبي صلى الله عليه وسلم في حياته لحصول النصر والمصلحة به فليامات صارت للجند ومن يحتاج إليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم ، وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه ، والذين يغزون إذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة ، قال ومعنى كلام أحمد : أنه بين الغنى والفقر ، يعني الغنى الذي فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، ويحتمل أن يكون معنى كلامه : أن لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف إلى من يعود نفعه على جميع المسلمين ، وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأنهار والطرقات التي أصلحت به .

وسباق كلامه يدل على أنه ليس مختصا بالجند وإنما هو مصروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فافضل قدم الأهم فالأهم من عمارة الثغور وكفايتها فالأهم

والكرام وما يحتاج اليه ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقنابر وإصلاح الطرق وكراء الأنهار وسد بثوقها وأرزاق القضاة والأئمة والمؤذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع ، وللشافعي قولان كنعو بما ذكرناه .

واحتجوا على أن أربعة أخماس النية كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته بما روى مالك ابن أوس بن الحدثان قال ، سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلى يختصمان اليه في أموال النبي صلى الله عليه وسلم فقال عمر : كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب ، وكان لرسول الله (ص) خالصا دون المسلمين وكان رسول الله (ص) ينفق منها على أهله نفقة ستة ، فما فضل جمعه في الكراع والسلاح .

ثم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم فولياها أبو بكر بمنزل ما وليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وليتها بمنزل ما وليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر ، متفق عليه ، إلا أن فيه يجعل ما بقي أسوة المال وظاهر أخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين في النية حقا فانه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال ، هذه الآية استوعبت المسلمين ، وجعل للراعي سرور حير منه نصيباً وقال ، ما أحد إلا له في هذا المال نصيب .

وأما أموال بني النضير فيحمل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينفق منه على أهله لأن ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل باقية أسوة المال ، ويحتمل أن تكون أموال بني النضير اختص بها النبي (ص) من النية وترك سائر لمن رزق في الآية وهذا مبين في قول عمر ، وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا دون المسلمين .

(فصل) واختلف الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم في قسم النية بين أهله ، فذهب أبو بكر الصديق رضي الله عنه إلى التسوية بينهم فيه وهو المشهور عن علي رضي الله عنه فروى أن أبا بكر رضي الله عنه ، سوى بين الناس في العطلة وأدخل فيه العبد فقال له عمر . يا خليفة رسول الله ، أتجعل الذين جاهدوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كمن اتنا دخلوا في الإسلام كرها ؟ فقال أبو بكر اتنا حملوا الله واتنا أجورهم على الله واتنا الدنيا بلاغ ، فلما ولي عمر رضي الله عنه

فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولي على سوى بينهم وأخرج العبيد ، وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم في القسمة . فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم أبي بكر وعلى التسوية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل ، وروى عن أحد راحة الله عليه أنه أجاز الأمرين جميعاً على ما يراه الإمام ويؤدى اجتهاده إليه ، فروى عن الحسن ابن علي بن الحسن أنه قال : للإمام أن يفضل قوماً على قوم ، وقال أبو بكر اختبار أبي عبد الله أن لا يفضلوا وهذا اختيار الشافعي ، وقال أبو رأيت قسم الله الموارث على العدد يكون الأخوة متفاضلين في الغناء عن الميت والصلة في الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون .

وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأربعة الأخماس على العدد ومنهم من يعطى غاية الغناء ويكون الفتح على يديه ، ومنهم من يكون محضه إما غير نافع وإما ضرر بالجبن والمهزبة ، وذلك أنهم استروا في سبب الاستحقاق ، وهو اقتصايمهم للجهاد فصاروا كالفائزين ، والصحيح إن شاء الله أن ذلك معروض إلى اجتهاد الإمام يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل لأن النبي (ص) كان يعطى الأنفال فيفضل قوماً على قوم على قدر غنائهم ، وهذا في معناه . والمشهور عن عمر رضي الله عنه : أنه حين كثر عنده المال فرض للسلين أعطياتهم ففرض للهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف خمسة آلاف ، وللأنصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف ، وفرض لأهل المدينة ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولأهل الفتح ألفين . وقال بنو أبدأ ؟ قيل له : بنفسك قال لا ولكن أبدأ بقرابة رسول الله (ص) ، فبدأ ببني هاشم ثم ببني المطلب ، لقول رسول الله (ص) : أنا بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ، ثم ببني عبد شمس لأنه أخو هاشم لأبويه ، ثم ببني نوفل لأنه أخوهما لأبيهما ، ثم الأقرب فالأقرب .

قال أصحابنا : ينبغي أن يتخذ الإمام ديواناً وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر أعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفاً ، فقد روى الزهري ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرف عام حنين على كل عشرة عريفاً ، وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روى عن عمر رضي الله عنه ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدم بني عبد العزى على بني عبد الدار لأن فيهم أصهار رسول الله

صلى الله عليه وسلم ، ولأن خديجة منهم حتى تنقضى قريش وهم بنو النضر بن كنانة
ثم من بعد قريش الانتصار ثم سائر العرب ثم المعجم والموالي ثم تفرض الارزاق
لمن يحتاج المسلمون إليهم من القضاة والمؤذنين والائمة والفقهاء والفراء والبرد
والعيون ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ثم في إصلاح الحصون والكراع والسلاح
ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور وإصلاح الطرق وكري الانهار وسد
بثوقها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخصر ذا الحاجة .

فصل

قال القاضي : ويعرف قدر حاجتهم ، بعنى أهل العطاء وكفايتهم ويزداد
ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه . وإن كان له عبيد لمصالح
الحرب حسب مؤوتهم في كفايته ، وإن كانوا الزينة أو تجارة لم يدخلوا في مؤوته ،
وينظر في أسرارهم في بلدانهم لأن أسعار البلدان تختلف والغرض الكفاية ،
ولهذا تكثر الذرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك ، وإن كانوا سواء
في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم
في كل عام مرة ، وهذا واقع أعلم على قول من رأى النسوبة ، فاما من يرى التفضيل
فإنه يفضل أهل السوابق والغنى في الإسلام على غيرهم بحسب ما يراه كالفن عمر
فضل أهل السوابق قسم لقوم خمسة آلاف وآخرين أربعة آلاف ولاخرين
ثلاثة آلاف ولاخرين ألفين ألفين ولم بقدر ذلك بالكفاية .

(فصل) والعطاء الواجب لا يكون الا لبالغ يطبق مثله القتال ، ويكون عاقلا
حرا بصيرا صحيحا ليس به مرض يمنعه القتال فإن مرض الصحيح مرضا غير
مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وإن كان مرضا
مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لأنه في حكم الصحيح
الا ترى أنه لا يستيب في الحج كالصحيح ؟ وإن مات بعد حلول وقت العطاء
دفع حقه الى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دفع الى زوجته وأولاده
الصغار قدر كفايتهم لأنه لو لم تعط ذريته بعده لم يرد نفسه للقتال لأنه يخاف
على ذريته الضياع فإذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ، ولهذا قال
أبو خالد الحناتى :

لقد زاد الحياة الى حبا بتأني انهن من الضعاف
 مخافة أن يرين الفقر بعدى وأن يشرين رنقا بعد صاف
 وأن يعرين ان كسى الجوارى فتنبوا العين عن كوم عجاف
 ولولا ذاك قد سومت مهرى وفي الرحمن للضعفاء كاف
 واذا بلغ ذكور أولادهم واختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم وان لم
 يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء .

« مسألة » قال (وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة ، للراجل سهم
 والفارس ثلاثة أسهم ، الا أن يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم
 له وسهم لهجينه)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين وقوله تعالى (واعلموا
 انما غنمتم من شيء فإن لله خمسة) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لانه اضافها
 اليهم ثم أخذ منها سهمًا لغيرهم فبقى سائرهما لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه فلاّمه
 الثلث) وقال عمر رضي الله عنه ، الغنيمة لمن شهد الواقعة ، وذهب جمهور أهل العلم
 الى أن للراجل سهمًا ، ولل فارس ثلاثة أسهم .

وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء ، وقد
 ثبت عن ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس ثلاثة أسهم :
 سهم له وسهمان للفارس ، متفق عليه ، وقال خالد الحذاء : انه لا يختلف
 فيه عن النبي (ص) ، أنه أسهم للفارس سهمين ولصاحبه سهمًا وللراجل سهمًا ،
 والهجين من الخيل هو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية ، والمقرف عكس ذلك ،
 وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية ، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند الا مهرة عربية سلية أفراس تحللها بغل

فان ولدت مهرا كريما فبالحرى وان يك اقراف فما أنجب الفحل
 وأراد الحرقى بالهجين ههنا ما عدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها ، وقد
 روى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أن البراذين اذا أدركت مثل العراب فلها
 مثل سهمها .

وذكر القاضى رواية أخرى فيها عدا العراب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسألة اختلاف كثير وأدلة على كل قول أخرنا ذكرها الى باب الجهاد ؛ فإن المسألة مذكورة فيه وهو أليق بها إن شاء الله تعالى .

مسألة ، قال (والصدقة لا يجاوز بها ثمانية الأصناف التى سمي الله عز وجل)
يعنى قول الله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) وروى ، أن رجلاً قال : يا رسول الله أعطنى من هذه الصدقات فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره فى الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقل ، والمراد بالصدقة ههنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا ، ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى أنه لا يجوز دفع الزكاة الى غير هذه الأصناف الا ما روى عن عطاء والحسن أنهما قالاً : ما أعطيت فى الجسور والطرق فهى صدقة ماضية ، والاول أصح وذلك لأن الله تعالى قال (إنما الصدقات) و إنما ، للحصر تثبت المذكور وتنفى ما عداه لأنها مركبة من حرفى نفى وإثبات مجرى مجرى قوله تعالى (إنما الله إله واحد) أى لا إله الا الله وقوله تعالى (إنما أنت منذر) أى ما أنت إلا نذير ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق . :

مسألة ، قال (الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لا حرقة لهم والحرقة الصناعة ولا يملكون خمسين درهماً ولا قيمتها من الذهب ، والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن لهم الحرقة الا أنهم لا يملكون خمسين درهماً ولا قيمتها من الذهب)

الفقراء والمساكين صنفان فى الزكاة وصنف واحد فى سائر الأحكام لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليها ، فاما إذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تميزاً وكلاهما يشمر بالحاجة والفاقة وعدم القنى الا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل أن الله تعالى بدأ به وإنما يبدأ بالأم قلام : وهذا قال الشافعى والاصمعى

وذهب أبو حنيفة الى أن المسكين أشد حاجة وبه قال الفقراء وثلث و ابن قتيبة لقول الله تعالى (أو مسكيناً ذا مترية) وهو المطروح على التراب لشدة حاجته وأنشدوا
أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد
فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله .

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فبدل على أنهم أهم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اللهم أحيني مسكيناً وأمتي مسكيناً واحشروني في زمرة المساكين وكان يستعيز من الفقر . ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيز من حالة أصلح منها ، ولأن الفقر مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أي مفقور ، وهو الذي يرعب فقره ظهره فانقطع صاحبه ، قال الشاعر :

لما رأى لبد النسر تطايرت رفع القوادم كالفقير الأعزل

أي لم يطق الطيران كالذي انقطع صلبه ، والمسكين مفعيل من السكون وهو الذي اسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فاما الآية فهي حجة لنا فإن نعت الله تعالى للمساكين بكونه ذا مترية يدل على أن هذا النعت لا يستحقه باطلاق اسم المسكنة ، كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير بالمساكين عن الفقير بقريته وبغير قريته ، والشعر أيضا حجة لنا فإنه أخبر أن للذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبد فصار فقيراً لا شيء له ، إذا تقرر هذا فالفقير الذي لا يقدر على كسب ما يقع موقعا من كفايته ولا له من الاجرة أو من المال الدائم ما يقع موقعا من كفايته ولا له حمسون درهما ولا قيمتها من الذهب مثل الزمى والمكافيف وهم العميان سموا بذلك لكف ابصارهم لأن هؤلاء في الغائب لا يقدر على اكتساب ما يقع موقعا من كفايتهم ، وربما لا يقدر على شيء أصلا قال الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضرباً في الأرض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إلحافاً) ومعنى قولهم يقع موقعا من كفايتهم : أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة

فما زاد ، والذي لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعا من كفايته كالذى لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير ، والأول هو المسكين فيعطى كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتنسد به حاجته لأن المقصود دفعها وإغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويغنى عن السؤال .

فإن قيل : فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : ليس المسكين بالطواف الذى ترده اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذى لا يسأل الناس ولا يظن له فيتصدق عليه ، قلنا . هذا تجوز وإنما نفى المسكنة عنه مع وجودها فيه حقيقة مبالغة فى إثباتها فى الذى لا يسأل الناس كما قال عليه السلام : ليس الشديد بالصرعة وإنما الشديد الذى يغلِب نفسه عند الغضب ، وقال : ما تعدون الرقوب فيكم ؟ قالوا الذى لا يعيش له ولد . قال لا ولكن الرقوب الذى لم يقدم من ولده شيئا ، وقال : ما تعدون المفلس فيكم ؟ قالوا الذى لا درهم له ولا متاع قال : لا ، ولكن المفلس الذى يأتى يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتى وقد ظلم هذا ولطم هذا ، وأخذ من عرض هذا ف يأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى إذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحت عليه ثم يصك له صك الى النار .

(فصل) ومن كان ذا مكسب يغنى به نفسه وعياله أن كان له عيال أو كان له قدر كفايته فى كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غنى لا حق له فى الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعى .

وقال أبو حنيفة : إن لم يملك نصابا فله الأخذ منها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد فى فقرائهم ، لجعل الغنى من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولأن هذا لا يملك نصابا ولا قيمته فجاز له الأخذ كالذى لا كفاية له .

ولنا ما روى عبد الله بن عدى بن الحيار ، أن رجلين أتيا رسول الله (ص) وهو يقسم الصدقة فسألاه شيئا منها ، فصعد بصره فيهما وقال لهما . ان شئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب ، رواه أبو داود ، ورواه الأمام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا

أجودهما إسناداً ما أجوده من حديث ما أعلم روى في هذا أجود من هذا ، قيل له :
 فالحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ، لا تحل الصدقة لغنى ولا لذي مرة سوى ،
 قال لا أعلم فيه شيئاً يصح ، قيل له يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن
 النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قال . سالم لم يسمع من أبي هريرة ، والغنى يختلف فغنى
 يوجب الزكاة وغنى يمنع أخذها وغنى يمنع المسألة . ويخالف ما قاسوا عليه هذا
 فإنه محتاج إليها ، والصدقة أوساخ الناس فلا تباح إلا عند الحاجة إليها ، وهذا
 المختلف فيه لا حاجة به إليها فلا تباح له .

(فصل)

وان كان الرجل صحيحاً جلدأ وذكر أنه لا كسب له أعطى منها وقبل قوله
 بغير يمين إذا لم يعلم يقين كذبه ولا يحلفه : لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى
 الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما ، وفي بعض رواياته أنه قال : أتينا النبي صلى
 الله عليه وسلم فسألناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه ، فرآنا جلدتين فقال
 إن شئتما أعطيتكما ، وذكر الحديث .

(فصل) فإن ادعى أن له عيالاً فقال القاضي وأبو الخطاب يقلد ويعطى لهم
 كما يقلد في دعوى حاجته ، قال ابن عقيل : عندي لا يقبل قوله إلا بينة ، لأن
 الأصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البينة عليه ، وفارق ما إذا ادعى أنه لا كسب له
 فإنه يدعى ما يوافق الأصل لأن الأصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه
 إقامة البينة عليه .

ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله إلا بينة تشهد بأن ماله تلف
 أو فقد ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لا تحل المسألة إلا لثلاثة رجل
 أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوى الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة ،
 فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو سداداً من عيش ، وهل يعتبر
 في البينة على الفقر ثلاثة أو يكتفى باثنين ؟ فيه وجهان :
 أحدهما : لا يكفي إلا ثلاثة لظاهر الخبر .

والثاني : يقبل قول اثنين لأن قولها يقبل في الفقر بالنسبة إلى حقوق الأدميين
 المبنية على الشح والضيق ففى حق الله تعالى أولى ، والخبر إنما ورد في حل المسألة

فيقتصر عليه ، وان لم يعرف له مال قبل قوله ولم يستحلف لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستحلف الرجلين الذين رآهما جلدتين ، فإن رآه متجملا قبل قوله أيضاً لأنه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لثلاث يكون ممن لا تحمل له الزكاة ، وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتاج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه إليه زكاة .

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته الى رجل : هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكتمى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه (فصل) واذا كان للرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستغلها تكفيه غلتها له ولعياله فهو غنى لا يعطى من الصدقة شيئاً ، وان لم تكفه جاز له الأخذ منها قدر ما ينم به الكفاية ، وان كثرت قيمة ذلك . وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة

• مسألة ، قال (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها)

بغنى العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يعيهم الإمام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعيهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها ، وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج إليه فيها فإنه يعطى أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلفها وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم ، فبعث عمر ومعاذا وأبا موسى ورجلاً من بنى مخزوم وابن اللثيمة وغيرهم وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يعيها فقالا يا رسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصبى الناس وتؤدي اليك ما يؤدي الناس ؟ فأبى أن يعيها وقال : ان هذه الصدقة أوساخ الناس ، وهذه قصص اشترت فصار كالماتر وليس فيه اختلاف مع ماورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً ، لأن ذلك ضرب من الولاية ، والولاية تشترط فيها هذه الخصال ، ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما

والحنان يذهب بمال الزكاة ويضعه على أربابه وبشروط إسلامه ، واختار هذا القاضي . وذكر أبو الخطاب وغيره أنه لا يشترط إسلامه لأنه إجارة على عمل ، لجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج . وقيل عن أحمد في ذلك روايتان .

ولنا أنه يشترط له الامانة فاشترط له الاسلام كالشهادة ، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يجوز أن يتولاهما الكافر كساتر الولايات . ولأن من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ؛ ولأن الكافر ليس بأمين ، ولهذا قال عمر ، لا تأمنونهم وقد خوتهم الله تعالى ، وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نصرانيا ، فالزكاة التي هي ركن الاسلام أولى . ويشترط كونه من غير ذوى القربى إلا أن يدفع إليه أجرته من غير الزكاة .

وقال أصحابنا : يجوز له الاخذ منها ، لأنها أجرة على عمل يجوز للفقير ، لجازت لذوى القربى كأجرة النقال والحافظ ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي .

ولنا حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سالا النبي صلى الله عليه وسلم أن يعثما على الصدقة فأبى أن يعثما وقال : إنما هذه الصدقة أوساخ الناس وإنما لا تحمل لمحمد ولا لآل محمد ، وحديث أبي رافع أيضا . وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفته ، ويفارق النقال والحمال والراعى فإنه يأخذ أجره لعله لا لعماله ، ولا يشترط كونه حرا لأن العبد يحصل منه المقصود كالححر لجاز أن يكون عاملا كالححر ، ولا كونه فقيرا إذا كتب له ما يأخذه وحده ، كما كتب النبي صلى الله عليه وسلم لعماله فرائض الصدقة ، وكما كتب أبو بكر لعماله أو بعث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه فقيرا ، لأن الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لا يشترط معناه فيهما ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تحمل الصدقة لغنى الأمانة : لغاز في سبيل الله ، أو لعامل عليها ، أو لرجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين ، فأهدى المسكين إلى الغنى ، رواه أبو داود ، وذكر أصحاب الشافعي أنه تشترط الحرية لأن العمالة ولاية فتأفاهم الرق كالقضاء ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته .

ولنا ما ذكرناه ولا نسلم متافاة الرق الولايات الدينية ، فإنه يجوز أن يكون

إماماً في الصلاة ومفتياً وراوياً للحديث وشاهداً ، وهذه من الولايات الدينية .
وأما الفقه فإنما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل
النبي صلى الله عليه وسلم وصاحبه رضي الله عنهما

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر العامل إجارة صحيحة بأجر معلوم ،
إما على مدة معلومة ، وإما على عمل معلوم ، وبين أن يجعل له جعلاً معلوماً على
عمله ، فإذا عمله استحق المشروط ، وإن شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه ، فإن
عمر رضي الله عنه قال : بعثني النبي (ص) على الصدقة فلما رجعت علمني فقلت :
أعطه من هو أحوج مني - وذكر الحديث ، فإن تلفت الصدقة في يده قبل وصولها
إلى أربابها من غير تفريط فلا ضمان عليه ويستحق أجره من بيت المال ، وإن لم
تتلف أعطى أجر عمله منها ، وإن كان أكثر من ثمنها أو أقل ثم قسم الباقي على
أربابه ، لأن ذلك من مؤنتها لجرى مجرى علفها ومداواتها ، وإن رأى الامام
أعطاه أجره من بيت المال أو يجعل له رزقاً في بيت المال ولا يعطيه منها شيئاً
فعل ، وإن تولى الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها
شيئاً لأنه يأخذ رزقه من بيت المال .

(فصل)

ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها ، ويجوز أن يولي
جبايتها وتفرقتها ، فإن النبي (ص) ولي ابن التبية فقدم بصدقه على النبي (ص)
فقال : هذا لكم وهذا أهدي إلي ، وقال لقيصة : أقم يا قيصة حتى تأتينا بالصدقة
فنامر لك بها ، وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من اغنيائهم فيردها في فقرائهم .
ويروى : أن زياداً ولي عمران بن حصين الصدقة ، فلما جاء قيل له : أين المال ؟
قال : أو للمال بعثني ؟ أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله (ص) وراه أبو داود
وعن أبي جعيفة قال : أتانا مصدق النبي (ص) وأخذ الصدقة من اغنيائنا
فوضعها في فقرائنا وكنت غلاماً يتيماً فأعطاني منها قلوفاً ، أخرجه الترمذي

مسألة ، قال (والمؤلفه قلوبهم ، وهم المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها ، وقال أبو حنيفة : انقطع سهمهم ، وهو أحد أقوال الشافعي ، لما روى أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليسكر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا من ذلك شيئا ، ولأن الله تعالى أظهر الاسلام ووقع المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف

وحكى حنبل عن أحمد أنه قال : المؤلف قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ما حكاه حنبل ، ولعل معنى قول أحمد انقطع حكمهم ، أي لا يحتاج اليهم في الغالب ، أو أراد أن الأئمة لا يعطونهم اليوم شيئا ، فأما أن احتاج اليهم جاز الدفع اليهم ، فلا يجوز الدفع اليهم الا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة ، وهي آخر ما نزل من القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبت أن رسول الله (ص) أعطى المؤلف من المشركين والمسلمين ، وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم ، وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من ابل الصدقة ، ثلاثين بعيرا ، ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله واطراحها بلا حجة لا يجوز ، ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلف ، ولعلمهم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لا لسقوطه

(فصل)

والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون . وهم جميعا السادة المطاعون في قومهم وعشائره ، قال كفار ضربان :

أحدهما من يرجى اسلامه فيعطى لتقوى نيته في الاسلام وتميل نفسه اليه فيسلم ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة أعطى صفوان بن أمية الأمان واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره ، وخرج معه الى حنين ، فلما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم العطايا قال صفوان مالي ؟ فأرأى النبي صلى الله عليه وسلم الى واد فيه ابل محملة ، فقال : هذا لك . فقال صفوان : ان هذا عطاء من لا يخشى الفقر ،

والضرب الثاني : من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه .

وروى عن ابن عباس أن قوما كانوا يأتون النبي صلى الله عليه وسلم فإن أعطاهم مدحوا الإسلام وقالوا : هذا دين حسن ، وإن منعهم ذموا وعابوا .

وأما المسلمون فأربعة أضرب : قوم من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الإسلام ، فإذا أعطوا رجعوا إلى إسلام نظرائهم وحسن نياتهم ، فيجوز إعطاؤهم ، لأن أبا بكر أعطى عدى بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما وإسلامهما

والضرب الثاني . سادات مطاعون في قومهم يرجي بعطيتهم قوة إيمانهم ومناصحتهم في الجهاد فإنهم يعطون ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عيينة ابن حصن والأقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة ، وقال للأَنْصار : يا معشر الأنصار علام تأسون ؟ هل لعاعة من الدنيا تألفت بها قوما لا إيمان لهم ووكلكم إلى إيمانكم ؟

وروى البخاري بإسناده عن عمرو بن تغلب ، أن رسول الله (ص) أعطى ناساً وترك ناساً ، فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا ، فصعد المنبر لحمد الله وأثنى عليه ثم قال : إني أعطى ناساً وأدع ناساً والذي أدع أحب إلى من الذي أعطى ، أعطى ناساً لما في قلوبهم من الجزع والهلح . وأكل ناساً إلى ما في قلوبهم من الفتن والخير ، منهم عمرو بن تغلب ،

وعن أنس قال : حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى رجلاً من قريش مائة من الإبل ؛ فقال ناس من الأنصار : يغفر الله لرسول الله (ص) يعطى قريشاً ويمنعنا وسيوفنا تقطر من دماءهم ، فقال رسول الله (ص) إني أعطى رجلاً حديثاً عهد بكفر أتألفهم ، متفق عليه

الضرب الثالث : قوم في طرف بلاد الإسلام إذا أعطوا دفعوا عن يلبهم من المسلمين .

الضرب الرابع : قوم إذا أعطوا أجروا الزكاة عن لا يعطيها ، إلا أن يخاف ، وكل هؤلاء يجوز الدفع اليهم من الزكاة ، لأنهم من المؤلفة قلوبهم ؛ فيدخلون في عموم الآية .

مسألة ، قال (وفي الرقاب وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور ، وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ، ولا يعجبنى أن يعان منها مكاتب ، وخالف أيضاً ظاهر الآية لأن المكاتب من الرقاب لأنه عبد واللفظ ظاهراً في عمومته .

إذا ثبت هذا فإنه يدفع إلى المكاتب جميع ما يحتاج إليه لوفاء كتابته ، فإن لم يكن معه شيء جاز أن يدفع إليه جميعها . وإن كان معه شيء له يتم ما يتخلص به ، لأن حاجته لا تندفع إلا بذلك . ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لأنه مستغن عنه في وفاء الكتابة . قبل ولا يدفع إليه بحكم الفقر شيء لأنه عبد ويجوز أن يدفع إليه في كتابته قبل حلول النجم لئلا يحل النجم ولا شيء معه فتفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء . لأنه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب : أنه مكاتب إلا بينة لأن الأصل عدمها فإن صدقه السيد فقيه وجهان .

أحدهما : يقبل لأن الحق في العبد لسيد فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل .

والثاني : لا يقبل لأنه منهم في أنه يواطئه لياخذ به المال .

(فصل) ويجوز للسيد دفع زكاته إلى مكاتبه لأنه قد صار معه في باب المعاملة كالأجنبي حتى يجري بينهما الربا فصار كالغريم يدفع زكاته إلى غريمه ويجوز للمكاتب ردها إلى سيده بحكم الوفاء لأنها رجعت إليه بحكم الإيفاء أشبه إيفاء الغريم دينه بها ، قال ابن عقيل : ويجوز دفع الزكاة إلى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الأولى لأنه أجمل لعنته وأوصل إلى المقصود الذي كان الدفع من أجله فإنه إذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

ونقل حنبل أنه قال : قال سفيان لا تعطى مكاتباً لك من الزكاة ، قال وسمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل : أعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم لا يعطى مكاتبه من الزكاة

لأنه عبده وماله يرجع إليه إن عجز وإن عتق فله ولاؤه ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له .

مسألة ، قال (وقد روى عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في جواز الإعتاق من الزكاة فروى عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس والحسن والزهرى ومالك وإسحاق وأبي عبيد والعباس وأبي ثور لعموم قول الله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول للرقن بل هو ظاهر فيه . فإن الرقبة إذا أطلقت انصرفت إليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية : وفي اعتاق الرقاب : ولأنه اعتاق للرقبة لجاز صرف الزكاة فيه ، كدفعه في الكتابة والرواية الأخرى لا يجوز ، وهو قول إبراهيم والشافعى ، لأن الآية تقتضى صرف الزكاة إلى الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع إلى المجاهدين كذلك ههنا والعبد القن لا يدفع إليه شيء . قال أحمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن أهابه اليوم ، ولأنه يجر الولاء ، وفي موضع آخر قيل له فما يعجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم .

وقد روى نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبيرة فأنهما قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطى منها في رقبة ويعين مكاتباً ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباها ، لأنه إذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة إلى نفسه .

وأخذ أبو عتيق من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من أحمد إنما كان على سبيل الورع فلا يقتضى رجوعاً لأن الله الذى تملك بها نجر الولاء ومنهجه أن ما رجع من الولاء ردت في مثله فلا ينتفع إذا يعطاه من الزكاة .

(فصل) ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذى رحم محرم فإن فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أية وإنما دفع الثمن إلى بائة .

ولنا أن نفع زكاته عاد إلى أبيه فلم يجوز كما لو دفعها إليه ، ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجوز أن يحتسب له به عن الزكاة كنفقة أقاربه ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجوز لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ولو أعتق عبدا من عبيده للتجارة لم يجوز لأن الواجب في قيمتهم لا في عينهم .

(فصل ويجوز أن يشتري من زكاته أسيراً مسلماً من أيدي المشركين لأنه فك رقبة من الأسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ، ولأن فيه اعزازاً للدين فهو كصرفه إلى المؤلفه قلوبهم ، ولأنه يدفعه إلى الأسير لفك رقبة ، فأشبه ما يدفعه إلى الغارم لفك رقبة من الدين .

مسألة ، قال (فارجع من الولاء رد في مثله)

يعنى يعتق به أيضاً ، وهذا قال الحسن وإسحاق ، وقال أبو عبيد : الولاء للمعتق لقول النبي صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق ، وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين لأنه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له ، وقال العنبري : يحمله في بيت المال للصدقات لأن عتقه من الصدقة فولأؤه يرجع إليها ، ولأن عتقه بماله هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكّل في الاعتاق وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولأن الولاء أثر الرق وقائمة من المعتق ، فلم يجوز أن يرجع إلى المزكي لإفضائه إلى أن ينتفع بزكاته ، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الولاء له ، وقد سبق ذلك في باب الولاء .

فصل

ولا يعقل عنه اختياره الخلال ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يعقل عنه اختيارها أبو بكر ، لأنه معتق فيعقل عنه كالذي أعتقه من ماله وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لثلاث ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس باتفاع فيبقى على الأصل .

ولنا أنه لا ولأء عليه فلم يعقل عنه كما لو كان وكيلًا في العتق ، ولأنه لا يرثه فلم يعقل عنه كما لو اختلف دينها وما ذكره يطل بالوكيل والساعي إذا أعتق من الزكاة .

مسألة ، قال (والغارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم ، هذا الصنف السادس من أصناف مصارف الزكاة ، ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم ، وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم لكن ان غرم في معصية مثل أن يشتري خمرأ أو يصرفه في زنا أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع اليه قبل التوبة شيء لانه أعانه على المعصية وان تاب فقال القاضي : يدفع اليه واختاره ابن عقيل لان ابقاء الدين الذي في الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريقها والإعانة على الواجب قرينة لا معصية فأشبهه من أتلف ماله في المعاصي حتى افتقر فإنه يدفع اليه من سهم الفقراء ، وفيه وجه آخر لا يدفع اليه لانه استدانه للمعصية فلم يدفع كما لو لم يتب ، ولانه لا يؤمن أن يعود الى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أتلف ماله في المعاصي فإنه يعطى لفقره لا لمعصيته .

(فصل) ولا يدفع الى غارم كافر لانه ليس من أهل الزكاة ولذلك لا يدفع الى فقيرهم ولا مكاتبهم ، وان كان من ذوى القربى فقال أصحابنا : يجوز الدفع اليه لان علة منعه من الاخذ منها لفقره صيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس واذا أخذها لغرمه نصرفها الى الغرماء فلا يناله دناءة وسخا ، ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لا تحمل لهم ، ولان دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها الى غارم له ما يقضى به غرمه لان الدفع اليه لحاجته وهو مستغن عنها .

(فصل) ومن الغارمين صنف يعطون مع الفنى وهو غرم لإصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضاغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيسمى انسان في الإصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والاموال فيسمى ذلك حالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك ، وكان الرجل منهم يتحمل الحماية ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع بإباحة المسألة فيها وجعل له نصيبا من الصدقة ، فروى قبيصة ابن الخارق قال تحملت حماية فأتيت النبي (ص) وسأله فيها فقال : أقم يا قبيصة

حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها . ثم قال : يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواماً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواماً من عيش وما سوى ذلك فهو سحت بأكملها صاحبها سحتاً يوم القيامة ، أخرجه مسلم . وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة ، ذكر منها الغارم ، ولأنه إنما يقبل بخمسة وتحمله إذا كان ملياً وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لانه قد سقط الغرم ، وإن استدان وأداها جاز له الأخذ لأن الغرم باق والمطالبة قائمة ، والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه إن هذا الغرم يأخذ لحاجتنا إليه لإطفاء النائرة وإخماد الفتنة فجاز له الأخذ مع الغنى كالغازي والمؤلف والعامل ، والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحة لا يطبق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى ، فإذا قلنا : الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ل يتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه ، قال أحمد : لا يعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مديناً فيعطى دينه ، وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغنى لم يقط شيئاً .

(فصل) وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه ، وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه فمن أحمد فيه روايتان . أحدهما : يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال قلت لأحمد رجل عليه ألف وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداهما عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بأساً وذلك لانه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها إليه يقضى بها دينه .

والثانية : لا يجوز دفعها الى الغريم ، قال أحمد أحب الى أن يدفعه اليه حتى يقضى هو عن نفسه قبل هو محتاج يخاف أن يدفعه اليه فيأكله ولا يقضى دينه قال فقل له يوكاه حتى يقضيه ، فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة الى الغريم الا بوكالة الغارم لان الدين انما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه الا بتوكيله ، ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزا ، وان كان دافع الزكاة الامام جاز أن يقضى بها دينه من غير توكيله لان للإمام ولاية عليه في ابقاء الدين ولهذا يجبره عليه اذا امتنع منه واذا ادعى الرجل أن عليه ديناً فان كان يدعيه من جهة اصلاح ذات البين فالامر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفى ذلك لم يقبل منه الا بينه ، وان غرم لمصلحة نفسه لم يدفع اليه الا بينه أيضا لان الاصل عدم الغرم وبرامة الذمه فإن صدقه الغريم فعلى وجهين كالمكاتب اذا صدقه سيده .

مسألة : قال (وسهم في سبيل الله وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وان كانوا أغنياء)

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وبقاء حكمهم ولا خلاف في أنهم الغزاة في سبيل الله لان سبيل الله عند الاطلاق هو الغزو قال الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله) وقال (ويجاهدوا في سبيله) وقال (ان الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا) وذكر ذلك في غير موضع من كتابه ، فاذا تقرر هذا فإنهم يعطون وان كانوا أغنياء . وبهذا قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر . وقال أبو حنيفة وصاحبا لا تدفع الا الى فقير وكذلك قالوا في الغارم لا صلاح ذات البين لان من تجب عليه الزكاة لا تحمل له كسائر أصحاب السهان ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ : أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم ، فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصيبا .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا تحمل الصدقة لغنى الا لحسه : لغاز في سبيل الله ، أو لغارم ، وذكر بقينهم ، ولان الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بهما صنفين أصناف فلا يلزم وجود صنف الصنفين في بقية الأصناف كما لا يلزم

وجود صفة الأصناف فيها ، ولأن هذا يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه فأشبه العامل والمؤلف ، فأما أهل سائر السهمان فإنما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته اليها دون من يأخذ لحاجتنا اليه ، فإذا تقرر هذا فن قال إنه يريد الغزو قبل قوله لأنه لا يمكن إقامة البيعة على بيئته ويدفع اليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس إن كان فارسا وحولته ودرعه وأثاثه وسائر ما يحتاج اليه لغزوه ، وإن كثر ذلك ويدفع اليه دفعا مراعى فإن لم يغز رده لأنه أخذه كذلك وإن غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لأننا دفعنا اليه قدر الكفاية وإنما ضيق على نفسه وإن مضى الى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو الذى دفع اليه من أجله رد ما فضل معه لأن الذى أخذ لأجله لم يفعله كله .

فصل

وانما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم فى الديوان وانما يتطوعون بالغزو اذا نشطوا ، قال أحمد : ويعطى ثمن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لأن الواجب ابتاء الزكاة فإذا اشتراها بنفسه فما أعطى الا فرسا ، وكذلك الحكم فى شراء السلاح والمؤنة .

وقال فى موضع آخر : ان دفع ثمن الفرس و ثمن السيف فهو أعجب الى ، وإن اشتراه هو رجوت أن يجزئه ، وقال أيضا : يشتري الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل وذلك لأنه قد صرف الزكاة فى سبيل الله لحاز كما لو دفعها الى الغازى فاشتري بها قال ولا يشتري من الزكاة فرسا يصير حيسا فى سبيل الله ولا دارا ولا ضيعة يصيرها فى سبيل الله للرباط ولا يقفها على المجاهدين لأنه لم يوث الزكاة لأحد وهو مأمور باتيانها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذى أخرجه من زكاة ماله لأنه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفا لزكاته كما لا يجوز أن يقضى بها دينه ، ومتى أخذ الفرس التى اشتريت بماله صار مصرفا لزكاته .

مسألة ، قال (ويعطى أيضا فى الحج وهو من سبيل الله)

ويروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج فى سبيل الله وهو قول اسحاق لما روى أن رجلا جعل ناقة له فى سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها

النبي صلى الله عليه وسلم ، أركبها فإن الحج في سبيل الله ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يصرف منها في الحج ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وهذا أصح لأن سبيل الله عند الإطلاق إنما ينصرف إلى الجهاد فإن كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد لا السير فيجب أن يحمل ما في هذه الآية على ذلك ، لأن الظاهر إرادته به ولأن الزكاة إنما تصرف إلى أحد رجلين محتاج إليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم أو من يحتاج إليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لإصلاح ذات البين ، والحج من الفقير لا تقع للسليين فيه ولا حاجة بهم إليه ولا حاجة به أيضا إليه ، لأن الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفعها الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الأصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى .

وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا . وقال الشافعي : يجوز الدفع إلى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لأن ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج إلى السفر ولا حاجة بهذا إلى هذا السفر ، فإن قلنا بدفع في الحج منها فلا يعطى إلا بشرطين .

أحدهما : أن يكون ممن ليس له ما يجمع به سواها لقول النبي (من) لا تحمل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى ، وقال لا تحمل الصدقة لغنى إلا لحته ، ولم يذكر الحاج منهم ولأنه يأخذ لحاجته لا الحاجة المسلمين إليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره ، والثاني : أن يأخذ لحجة الفرض ، ذكره أبو الخطاب لأنه يحتاج إلى إسقاط فرضه وإبراء ذمته أما التطوع فله مندوحة عنه ، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معا ، وهو ظاهر قول الحرق لأن الكل من سبيل الله ، ولأن الفقير لا فرض عليه فالحجة منه كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع إليه ما يجمع به حجة كاملة وما يغنيه في حجة ولا يجوز أن يجمع من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يغزو بها .

مسألة ، قال (وابن السبيل وهو المنقطع به وله البسار في بلده فيعطى من الصدقة ما يبلغه)

ابن السبيل : هو الصنف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقه وبقاء سهمه ، وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له ما يرجع به الى بلده وله اليسار في بلده فيعطى ما يرجع به ، وهذا قول قتادة ونحوه : قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : هو المختار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أيضا فيدفع اليهما ما يحتاجان اليه لذهابهما وعودهما لأنه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز . ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها ، كما يقال : ولد الليل الذي يكثر الخروج فيه ، والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر بهمه به دون فعله ، ولأنه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وإن انتهت به الحاجة منهاها فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره ، وإنما يعطى وله اليسار في بلده لأنه عاجز عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمعدوم في حقه .

فإن كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطى لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الأمرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده ، لأن الدفع اليه للحاجة الى ذلك فتقدر بقدره وتدفع اليه ، وإن كان موسراً في بلده إذا كان محتاجاً في الحال لأنه عاجز عن الوصول الى ماله فصار كالمعدوم ، وإن فضل معه شيء بعد رجوعه الى بلده رده لأنه أخذه للحاجة ، وقد حصل الغنى بدونه فأشبهه ما لو أخذه لغزو فلم يغز ، وإن كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لأنه إن فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى ، وإن كان غلوماً أخذ الفضل لغرمه .

(فصل)

وإن كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا : يجوز أن يدفع اليه ما يكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لأن فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحاً أما قرية كالالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحاً كطلب المعاش والتجارات ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لأنه إعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعلها فإن وسيلة الشيء جارية مجراه ، وإن كان السفر للنزعة فقه وجهان :

أحدهما : يدفع اليه ، لأنه غير معصية .

والثاني : لا يدفع اليه لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر ، ويقوى عندي أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده لأنه لو جاز ذلك لجاز للنشئ السفر من بلده ولأن هذا السفر إن كان للجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله ، وإن كان حياً فقيره أم منه ، وإذا لم يجز الدفع في هذين فني غيرهما أولى ، وإنما ورد الشرع بالدفع اليه للرجوع إلى بلده لأنه أمر تدعو حاجته اليه ولا غنى به عنه ، فلا يجوز إلحاق غيره به لأنه ليس في معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس .

(فصل) وإذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا بينة ، وإن ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بينة لأن الأصل عدمه معه وإن عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه للفقير إلا بينة كما لو ادعى إنسان المسكنة .

(فصل) وجملة من يأخذ مع الفنى خمسة : العامل ، والمؤلف قلبه والغازى والغارم لأصلاح ذات البين ، وابن السبيل الذى له اليسار في بلده ، وحمسة لا يعطون إلا مع الحاجة : الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل ، وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال : الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ، وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر : المكاتب والغارم والغازى وابن السبيل .

(فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع إلى بلده لم يدفع اليه ما لم يتب فإن تاب احتمل جواز الدفع اليه لأن رجوعه ليس بمعصية فأشبهه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركاً للمعصية وإقلاعا عنها كالعاق يريد الرجوع إلى أبيه والغارم من غريمه أو امرأته يريد الرجوع اليهما ويحتمل أن لا يدفع اليه لأن سبب ذلك المعصية فأشبهه الغارم في المعصية .

مسألة ، قال (وليس عليه أن يعطى لكل هؤلاء الأصناف وإن كانوا موجوبين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك : لأن الآية إنما سبقت لبيان من يجوز الصرف اليه لا لإيجاب الصرف الى الجميع ، بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها ، وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها الى صنف واحد فقال سبحانه (ان تبدوا الصدقات فنعما هي وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه الى اليمن : أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم ، متفق عليه ، فلم يذكر في الآية ولا في الخبر الا صنفاً واحداً .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم لقيصة حين تحمل حمالة : أقم ياقيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ، فذكر دفعها الى صنف وهو من الغارمين ، وأمر بني زريق بدفع صدقاتهم الى سلة بن صخر وهو شخص واحد : رواه أبو داود : وبعث اليه علي رضي الله عنه بذهبية في تربتها فقسمها بين المؤلفة قلوبهم وهم صنف واحد ، والآثار في هذا كثيرة ، تدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها الى جميع الاصناف ولا تعميمهم بها بل كان يدفعها الى من تيسر من أهلها ، وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه ، إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها الى ثمانية عشر نفساً أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفساً من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمنها ، والغالب تعذر وجودهم في الاقليم العظيم ، وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرة اليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطائهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال : يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (وقال) (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) .

وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه ، ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل هذا في صدقة من الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ، ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه ، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهمل ، إذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل ما تدعو الحاجة الى نقله ، سيما مع كثرة من يجب عليه

الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل مصر وبلد . وهذا أمر ظاهر ، وقد سبقت
هذه المسألة والكلام فيها فيما تقدم .

(فصل) ويستحب تقديمها على ما أمكن من الأصناف ليخرج من الخلاف
وتعميم من أمكن من كل صنف ، فإن كان المتولى لتفريقها الساعي استحب
إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تنامي
أسمائهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقة عقيب جمع الصدقة ،
ويبدأ بإعطاء العامل لأنه يأخذه على طريق المعاوضة فكان استحقاقه أقوى ولذلك
إذا عجزت الصدقة عن أجره تم له من بيت المال ، ولأن ما يأخذه أجراً ، وقد
قال النبي صلى الله عليه وسلم ، أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ، ثم
بالأم قلام وأمرهم أشد حاجة ، فإن كانت الصدقة تنفي بحاجة جميعهم أعطى كل
إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته ، فيعطى الفقير ما يغنيه ؛ وهو ما تحصل له به
الكفاية في عامه ذلك له ولعيله ؛ ويعطى المسكين ما تتم به الكفاية إلا أن يعطيه
من الذهب أو الورق فبه روايتان .

إحداها يعطيه ما تتم به الكفاية ، والثانية لا يزيد على خمسين درهماً أو قيمتها
من الذهب ، إلا أن يكون له عيال فيدفع إليه لكل واحد منهم خمسين درهماً .
ويدفع إلى العامل قدر أجره وإلى الغارم ما يقضى به غرمه وإلى المكاتب ما يوفى
به كتابته وإلى الغازي يعطى ما يحتاج إليه لمؤنة غزوه وابن السبيل ما يبلغه إلى بلده ،
وإن نقصت الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى ، ويستحب أن
لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لأنهم أقل الجمع إلا العامل فإنه يكون
واحداً ، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل إلى أقرب البلاد إليه ، وإن
كان المتولى لتفريقها رها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها في الأم قلام
وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبة ويعطى من أمكنه

(فصل) وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً
كالفقير الغارم أعطى بهما جميعاً ، فيعطى ما يقضى غرمه ، ثم يعطى ما يغنيه لأن
الشخص الذي فيه المعنيان كشخصين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق

بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ، ولو أوصى لقربائه والفقراء
استحق القريب الفقير سهمين

« مسألة ، قال (ولا يعطى من الصدقة لبني هاشم)

ولا لمواليهم ولا للوالدين وإن علوا ، ولا للولد وإن سفل ، ولا للزوج ولا
للزوجة ولا لمن تلزمه مؤنته ولا لكافر ولا لمملوك إلا أن يكونوا من العاملين
عليها فيعطون بحق ما عملوا : ولا لغنى - وهو الذى يملك خمسين درهماً أو قيمتها
من الذهب - هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها فى باب الزكاة بما
أغنى عن إعادته هنا .

« مسألة ، قال (وإذا تولى الرجل إخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك لأن العامل إنما يأخذ أجر عماله ، فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن
ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً ، فيسقط سهمه والله أعلم

فصل فى جوائز السلطان

كان الامام أبو عبد الله رحمه الله عليه يتورع عنها ويمنع بنبيه وصه من أخذها
ومجرهم حين قبلوها وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من
بيوتهم شيئاً ، ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه ، وإنما
فعل ذلك ، لأن أموالهم تختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة
وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : الحلال بين والحرام بين ، وبين ذلك أمور
مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن
واقع الشبهات أوشك أن يقع فى الحرام ، كالراعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه ،
وقال النبي صلى الله عليه وسلم : دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ، وأخرج أحمد بن
جماعة من الصحابة تزهدوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ
وأبو هريرة وابن عمر ، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراماً ، فإنه سئل فقيل له مال
السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب إلى أن يتزهد عنه ، وفى رواية قال : ليس أحد

من المسلمين الا وله في هذه الدراهم حق ، فكيف أقول انها سحت ؟ وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية . وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا بأس بجوائز السلطان ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام ، وقال لا تسأل السلطان شيئا فإن أعطاك أخذ فإن ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام .

وروى عمر بن شبة البعثري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشمي دخلوا على عمر بن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم ألف درهم ، وأمر للحسن بألفي درهم فقبض الحسن جائزته وأبي ابن سيرين أن يقبض ، فقال لابن سيرين مالك لا تقبض ؟ قال حتى يعم الناس ، فقال الحسن : والله لو عرض لك ولي لص فاخذ ردائي وردائك ثم بدا له أن يرد علي ردائي كنت أقول لا أقبل ردائي حتى ترد علي ابن سيرين رداه ؟ كنت أحب أن تكون أفقه مما أنت يا ابن سيرين ، ولأن جوائز السلطان لها وجه في الاباحة والتحليل ، فإن له جهات كثيرة من النية والصدقة وغيرهما .

(فصل)

قال أحمد : جوائز السلطان أحب الى من الصدقة . يعني أن الصدقة أوساخ الناس حين عنها النبي (ص) وآله لدناءتها ولم يصابوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فربح ألفاً وآخر أجازته السلطان بألف ، أيهما أحب إليك ؟ قال الجائزة ، وذلك لأن الذي يربح عليه ألفاً لا يربحها في الغالب الا بنوع من التدليس والغبن الفاحش ، والجائزة عطاء من الامام برضاه لا تدليس فيها ولا غبن . وقال أحمد : اذا كان بينك وبين السلطان رجل ، يعني فهو أحب الى من أخذه منه ، وذلك لأن الوسائط كلما كثرت قربت الى الحل لأنها مع البعد تبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم

كتاب النكاح

النكاح في الشرع هو عقد التزويج ، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه مالم يصرفه عنه دليل . وقال القاضي . الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء . جميعا لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء . مجاز في العقد . تقول العرب : أنكحنا الفري فستري أي أضربنا لفل حمر الوحش أمه فستري ما يتولد منهما بضرب مثلا للأمر يجتمعون عليه ثم ينفرقون عنه . وقال الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلهفـ

والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظه النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قبل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله (حتى تنكح زوجا غيره . ولأنه يصح نفيه عن الوطء ، فيقال هذا سفاح وليس بنكاح . ويروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، ولدت من نكاح لا من سفاح ، ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين يتعقد بهما عقد النكاح ، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر ، وما ذكره القاضي بفضي إلى كون اللفظ مشتركا ، وهو على خلاف الأصل ، وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة . والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قدر كونه مجازا في العقد لكان اسما عرفيا يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الاسماء العرفية

(فصل) والأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) الآية . وقوله (وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء ، متفق عليه في أي وأخبار سوي ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع ،

واختلف أصحابنا في وجوبه فالمشهور في المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وقال أبو بكر بن عبد العزيز هو واجب وحكاه عن أحمد ، وحكى عن داود أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر ولنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة وقال (مثنى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فبدل على أن المراد بالامر الندب ، وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح . قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبي بكر في إيجاب النكاح .

(فصل) والناس في النكاح على ثلاثة أضرب . منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور ان ترك النكاح . فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء لانه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح .

الثاني : من يستحب له ، وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور ، فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لتوافل العبادة ، وهو قول أصحاب الرأي ، وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم

قال ابن مسعود : لو لم يبق من أجل إلا عشرة أيام وأعلم أني أموت في آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فإن خير هذه الامة أكثرها نساء . وقال ابراهيم بن ميسرة : قال لي طاوس لتسكنن أو لا تقولن لك ما قال عمر لأبي الزوائد : ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو لجور . قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء ، وقال : من دعاك الى غير التزويج فقد دعاك الى غير الاسلام ، ولو تزوج بشر كان قد تم أمره

وقال الشافعي : التخلي لعبادة الله تعالى أفضل لأن الله تعالى مدح بحبي عليه السلام بقوله (وسيدا وحورا) والحصور الذي لا يأتي النساء ، فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه ، وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم ، ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله وحشهما عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم : ولكنى أصوم وأفطر وأصلى وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني ، وقال سعد : لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا ، متفق عليهما .

وعن أنس قال : كان النبي (ص) يأمرنا بالبائة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثركم بالأمم يوم القيامة ، رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعد على تركه بقربه إلى الوجوب والتخلي منه إلى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الأمر : ولأن النبي (ص) تزوج وبالع في العدد ومثل ذلك أصحابه ولا يشتغل النبي (ص) وأصحابه إلا بالأفضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والاشتغال بالأدنى .

ومن المعجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ويعمل بالأدنى ، ولأن مصالح النكاح أكثر فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحسين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الأمة وتحقيق مباهاة النبي (ص) وغير ذلك من المصالح الراجحة أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى .

وقد روينا في أخبار المتقدمين أن قوماً ذكروا النبي لهم فضل عابد لهم فقال : أما إنه تارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى النبي فسأله عن ذلك فقال : إنك تركت التزويج ، فقال : يا نبي الله وما هو إلا هذا ، فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرايت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده ؟ وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه ، وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى : والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها .

القسم الثالث : من لا شهوة له إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعنين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان : أحدهما : يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا .

والثاني : التخلي له أفضل ، لأنه لا يحصل مصالح النكاح وينزع زوجته من التحسين بغيره ويضر بها بحبسها على نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق له

لا يتمكن من القيام بها ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه ، والأخبار تحمل على من له شهرة لما فيها من القرائن الدالة عليها ، وظاهر كلام أحمد أنه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه ، وقال ينبغي للرجل أن يتزوج فإن كان عنده ما ينفق أنفق ، وإن لم يكن عنده صبر . ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي (ص) كان يصبح وما عنده شيء ويمسي وما عنده شيء . وأن النبي (ص) زوج رجلا لم يقدر إلا على خاتم حديد ولا وجد إلا إزاره ولم يكن له رداء . أخرجه البخاري .

قال أحمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال : الله يرزقهم ، التزويج أحسن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه : وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله) .

مسألة ، قال (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين)

في هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها : أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكل غير وليها في تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح ، روى هذا عن عمر وعطى وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله الغنبري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد ، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن فعلت كان موقوفا على إجازته .

وقال أبو حنيفة : لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لأن الله تعالى قال (ولا تءضلوهن أن ينكحن أزواجهن) أضاف النكاح إليهن ونهى عن منعهن منه ولأنه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كييع أمتها ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد هل بعض منافعها أولى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي ، روته عائشة وأبو موسى وابن عباس . قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث : لا نكاح إلا بولي ، فقالا صحيح .

وروى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما ، فإن قيل : فإن الزهري رواه وقد أنكره .

قال ابن خديج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا له لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن عليه كذلك ، قال الإمام أحمد ويحيى ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقة عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان ، قال النبي (ص) : نسي آدم فنسيت ذريته ، ولأنها مولى عليها في النكاح فلا تلبه كالصغيرة ، وأما الآية فإن عضلها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي وبدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فزوجها وأضافه إليها لأنها محل له .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن أحمد لها تزويج أمتها : وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وإياها وتزويج غيرها بالوكالة ، وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فمفهومه صحته بإذنه ، ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وإياها ، والصحيح الأول لعموم قوله : لا نكاح إلا بولي ، وهذا يقدم على دليل الخطاب ، والتخصيص هنا خرج الغالب فإن الغالب أنهما لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشتر بروقاتها ورعوتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي حال أهل العيانة والمروءة والله أعلم (فصل) فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولى لعقده حاكماً لم يجر

نقضه وكذلك سائر الأئمة الفاسدة، وخرج القاضي في هذا وجها خاصة أنه ينقض، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لأنه خالف نص الأول أولى لأنها مسألة مختلف فيها وبسوء فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة للجار. وهذا النص متناول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر

الفصل الثاني. أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين : هذا المشهور عن أحمد، وروى ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر، وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه.

قال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر، وقال ابن عبد البر قد روى عن النبي (ص) : لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين، من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره.

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية ابنة حي فتزوجها بغير شهود، قال أنس بن مالك (رض) : اشتري رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة قروش، فقال الناس ما ندرى أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد؟ فلما أن أراد أن يركب حجبا فعلوا أنه تزوجها، متفق عليه قال قاسدوا على تزويجها بالحجاب، وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشتراط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع وزوجه الأولى أنه قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل، رواه الحلال بإسناده.

وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا بد في النكاح من أربعة : الولي والزوج والشاهدان ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشتراط الشهادة فيه ثلثا يحجده أبوه فيضيع نسه بخلاف البيع، فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وغير شهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره.

الفصل الثالث : أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده . نص عليه أحمد وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين .

قال أبو الخطاب : ويخرج لنا مثل ذلك مبنياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض . ولنا قوله عليه السلام : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين .

(فصل)

فأما الفاسقان في انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان :

إحداهما : لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين .

والثانية : ينعقد بشهادتهما ، وهو قول أبي حنيفة لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس من لا يعرف حقيقة العدالة ، فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال ، وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد لأن الشرط العدالة ظاهراً ، وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك ، وقبل تبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط وليس بصحيح لأنه لو كانت العدالة في الباطن شرطاً لوجب الكشف عنها لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكاً في شرط النكاح فلا ينعقد ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها ، وإن حدث الفسق فبهما لم يؤثر في صحة النكاح لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح بإقرارهما .

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين : وهذا قول النخعي والأوزاعي والشافعي ، وعن أحمد أنه قال : إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجر ، وإن كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك ، وهو قول أصحاب الرأي ويروى عن الشعبي لأنه عقد معاوضة فانهقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع

ولنا أن الزهرى قال مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الأموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الأحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود وبهذا فارق البيع : ويحتمل أن أحد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية .

(فصل)

ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنها ليسا من أهل الشهادة ، ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لأن وجوده كالعدم ، ولا ينعقد بشهادة أصميين لأنها لا يسمعان ، ولا أخرسين لعدم إمكان الأداء منها وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان .

أحدهما ينعقد ، اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله : إلا بولي وشاهدي عدل ، ولأنه ينعقد بها نكاح غير هذا الزوج فانهقد بها نكاحه كسائر المدول .
والثاني . لا ينعقد بشهادتها لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لو والده .

(فصل) وينعقد بشهادة عبيدين ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتها في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى وينعقد بشهادة ضريرين والشافعية وجهان في ذلك .

ولنا أنها شهادة على قول فصحت من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتها إذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من يراها وإلا فلا .

(فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه ، نص عليه أحد .

وقال الشافعي : لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منمقد أشبه النكاح في العدة .

ولنا أنه نكاح يسوع فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه الى ايقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ، ولان تزويجها من غير تفريق يفضي الى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين ، واذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضاً ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحهما ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد ، وان كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام : فلها المهر بما استحل من فرجها ، وان تكرر الوطء فالمهر واحد للحدث ، ولانه اصابة في عقد فاسد أشبه الاصابة في عقد صحيح .

(فصل) والواجب لها مهر مثلها ، أو ما اليه أحد فانه قال في العبد . يتزوج بغير اذن سيده يعطى شيئاً ، قال القاضي : يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الخرق لقوله : اذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما فإن دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي ، والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لان في بعض الفاظ حديث عائشة : ولها الذي أعطاهما بما أصاب منها .

قال القاضي : حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسناديهما ، وقال أبو حنيفة الواجب الاقل من المسمى أو مهر المثل لانها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح ، وان كان المسمى أكثر لم يجب الزائد لانه بغير عقد صحيح .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : فلها المهر بما استحل من فرجها ، لجعل لها المهر المميز بالإصابة ، والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر ، وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء ، واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ، ولان التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى ، وقول

أبي حنيفة أنها رخصت بدون صداقها إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة فيجب مهر المثل كاملاً كوطء الشبهة .

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها ، والمنصوص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة قياساً على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك .

فصل

ولا حد في وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمة ، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي إذا اعتقد حرمة ، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روى الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ، إن الزانية هي التي تزوج نفسها ، وإسناده عن الشعبي قال : ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير ولي من على رضى الله عنه كان يضرب فيه .

وروى الشالحي بإسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضى الله عنه رفع إليه أمرهما ففرق بينهما وجلد الناكح والمنكح . ولنا أن هذا مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد ، وعمر جلدتهما أدبا وتعزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة ، وجلدتهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله وكذلك حديث علي ، على أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فإن علماً أشد الناس فيه وقد انتهى الأمر إلى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلدأ ، فإن قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه ، قلنا هو مفارق لمآلتنا بدليل أننا نحد من اعتقاد حله ولأن سير النبيذ يدعو إلى كثيره المتفق على تحريمه ، وهذا المختلف فيه يفتى عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا ، فإذا ثبت هذا فإن من اعتقد حله ليس

عليه أم ولا أدب لأنه من مسائل الفروع المختلفة فيها ، ومن اعتقد حرمة أم وأدب . وإن أتت بولد منه لحقه نسبه في الحالين .

(فصل) فاما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو الممتدة أو شبه فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه .

(فصل) ويساوى الفاسد الصحيح في اللعان إذا كان بينهما ولد يريد فيه عنه لكون النسب لاحقاً به فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحاجة إليه ، وتجب العدة بالخلوة فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطاً لها . وبفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا تحصل به الإباحة للزوج ولا نحل للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الأبلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض .

مسألة ، قال (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة ههنا لأن الأمة لا ولاية لآبيها عليها وانما وليها سيدها بغير خلاف علناه ، وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ولا ولاية لأحد معه ، وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة . وقال مالك والعمري وأبو يوسف وإسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصياً ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده .

ولنا أن الولد موهوب لآبيه قال الله تعالى (ووهبناه لبني) وقال زكريا (وبه بلى من لدنك ذرية طيبة) وقال (فبه بلى من لدنك وليا) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل وإسحاق) وقال صلى الله عليه وسلم ، أنت ومالك لأبيك ، وأثبت ولاية الموهوب له على أبيه أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ، ولأن الأب بلى ولده في صفته وصفه وجنونه فبليه في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختصر بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها إذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولأن الولاية احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس ، وفارق الميراث فانه

لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه .

مسألة ، قال (ثم أبوه وإن علا)

يعنى أن الجد أب الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء وهو قول الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم .

وعن أحمد رواية ثالثة أن الأخ يقدم على الجد وهو قول مالك لأن الجد يبنى بأبوة الأب والأخ يبنى ببنوة والبنوة مقدمة ، وعن أحمد أن الجد والأخ سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية كالأخوين .

ولنا أن الجد له إيلاد وتعصب فيقدم عليها كالأب ، ولأن الابن والأخ بقادان بها ويقطعان بسرقة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالأب والأخ يسقط به وبالأب وابنه ، وإذا ضاق المال وفي المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات ، إذا ثبت هذا قلجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم في الميراث .

مسألة ، قال (ثم ابنها وابنه وإن سفل)

وجعلته أنه متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الأقرب فالأقرب منهم وبه قال أصحاب الرأى ، وقال الشافعى لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكما فبلى بذلك لا بالبنوة ، لأنه ليس بمناسب لها فلا يلى نكاحها كخالها ، ولأن طبعه يتفر من تزويجها فلا ينظر لها .

ولنا ما روت أم سلمة رضى الله عنها أنها لما اتقضت عدتها ، أرسل إليها

رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها ، فقالت يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهدا . قال ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك ، فقالت قم يا عمرو فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه ، رواه النسائي

قال الأثرم قلت لأبي عبد الله حديث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أمه أم سلمة اليس كان صغيرا ، قال ومن يقول كان صغيرا اليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها فثبت له ولاية تزويجها كأخيها ، وقولهم ليس بناسب لها يبطل بالحاكم والمولى ، وقولهم ان طبعه ينظر من تزويجها . قلنا هذا معارض في الفرع ليس له أصل ، ثم يبطل بما اذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما . اذا ثبت هذا فإنه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعله عند من يقول بولاية لانه أقوى منه تعصيا وقد استويا في عدم الابلاد .

مسألة ، قال (ثم أخوها لا يبيها وأما)

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الاخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدم فإنه ابن الأب وأقوام تعصيا وأحقهم بالميراث .

مسألة ، قال (والاخ للأب مثله)

اختلفت الرواية عن أحد في الاخ للأبوين والاخ للأب اذا اجتماعا فالمشهور عنه أنها سواء في الولاية ، وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لأنها استويا في الإدلاء بالجهة التي تستفاد منها العصبية وهي جهة الأب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما يرجح الاخ في الميراث بجهة الام ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجع بها كالعمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم .

والرواية الثانية : الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو الصحيح ان شاء الله ، ولأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فإنه لا مدخل للنساء فيه ، وقد قدم الاخ من الابوين فيه ، وبهذا يبطل ما ذكرناه للرواية الاولى . وهكذا الخلاف في بنى الاخوة والاعمام وبنينهم ، فأما اذا كانا ابنا عم لأب أحدهما أخ لأم فهما سواء لأنها استويا في التعصيب والارث به .

وقال القاضي : فيهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من أبوين وابن عم من أب لأنه يرجع بجهة أمه ، وليس كذلك لأن جهة أمه يرث بها منفردة ، وما ورث به منفرداً لم يرجع به ، ولذلك لم يرجع به في الميراث بالولاية ولا في غيره ، فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم قالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين

مسألة ، قال (ثم أولادهم وإن سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومة الأب)

وجعلته أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الارث بالتعصيب فاحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فأولادهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو أبيها وهم الأخوة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جدها وهم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم ، وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بنو أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه ، لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة ، وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة ، فأقربهم أشفقهم ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم .

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم والجد أب الأم ونحوهم ، نص عليه أحمد في مواضع ، وهو قول الشافعي وإحدى الروایتين عن أبي حنيفة . والثانية : إن كل من يرث بفرض أو تعصيب على لأنه من أهل ميراثها فوليا كعصباتها

ولنا ما روى عن علي أنه قال ، إذا باغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى إذا أدركن ، رواه أبو عبيد في الغريب ، ولأنه ليس من عصباتها فأشبه الاجنبي .

مسألة ، قال (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)

لا خلاف فعله في أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاهما يزوجهها ولا في أن عصبة المناصب أولى منه ، وذلك لأنه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها

عند عدم عصباتها فلذلك يزوجه ، وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والمقل فإن عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء ، فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب ، وإنما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته ، وهذا معدوم في أبى المعتق فرجع به الى الاصل

• مسألة ، قال (ثم السلطان)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في ان للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم ، وبه يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم : فالسلطان ولي من لا ولي له ، وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة : ان النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ، ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل انه يلى المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كالأب

(فصل)

والسلطان ههنا هو الامام او الحاكم او من فوضا اليه ذلك ، واختلفت الرواية عن احمد في والى البلد ، فقال في موضع يزوج والى البلد ، وقال في الرستاق يكون فيه الوالى وليس فيه قاض يزوج اذا احتسأط لها في المهر والكف . ارجح ان لا يكون به بأس لأنه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة : اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشئ . القاضى يقضى في الفروج والحدود والرجم ، وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والجنابة . وقال : ما للوالى ولاية انما هو القاضى ، وتناول القاضى الرواية الاولى على ان الوالى اذن له في التزويج . ويحتمل انه جعل له ذلك اذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكانه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها (فصل) واذا استولى اهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيه في

ذلك مجرى الامام وقاضيه لأنه أجرى مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج
والاحكام فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل ، فقال في موضع :
لا يكون ولياً لها ولا يزوج ، يأتي السلطان لأنه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها
ولا يرثها فأشبه الأجنبي ، وقال في رواية اخرى في امرأة أسلمت على يد رجل
يزوجها هو ، وهو قول إسحاق . وروى عن ابن مسعود انه لا يفعل ذلك حتى
يأتي السلطان ، وعن الحسن انه كان لا يرى بأساً ان يزوجها نفسه ، ولما روى
أبو داود بإسناده عن تميم الداري أنه قال : يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على
يد الرجل من المسلمين ؟ قال : هو أولى الناس بمحباه ومماته ، إلا أن هذا الحديث
ضعفه أحمد وقال : رواية عبد العزيز ، يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو
من أهل الحفظ والاتقان .

(فصل) فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن أحمد ما يدل على انه
يزوجها رجل عدل بإذنها فإنه قال في دهقان قرية يزوج من ولي لها إذا احتاط
لها في الكف والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض ، قال ابن عقيل أخذ قوم من
أصحابنا من هذه الرواية . أن النكاح لا يقف على ولي . قال وقال القاضي منصوص
أحمد يمنع من ذلك ، والصحيح أن هذا القول يختص بحال عدم الولي والسلطان
لأنه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض . ووجه ذلك أن اشتراط الولي هنا
ينع النكاح بالكلية فلم يجوز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها ، وروى
أنه لا يجوز النكاح إلا بولي لعموم الأخبار فيه .

، مسألة ، قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً)

وجه ذلك : أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً
مجبوراً أو غير مجبر ، لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه وكل أبا رافع في
تزوج ميمونة وكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيب ، ولأنه عقد معاوضة لمجاز
التوكيل فيه كالبيع ، ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهان .
أحدهما : لا يجوز لانه على بالأذن فلم يجوز التوكيل له كالوكيل .

ولنا أنه يلى شرعا فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم أنه يلى بالأذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها ، وإنما اذنها شرط لصحة تصرفه ، فأشبهه ولاية الحاكم عليها ، ولا خلاف في أن للحاكم أن يستنيب في التزويج من غير اذن المرأة ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لنائبها من قبلها ؟

(فصل)

ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً ، فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء . قال أحمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولى على أخته وابنته ، يقول إذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح ، فإنه روى أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال : إذا وجدت لها كفوا فزوجها أباهما ولو بشراك نعله ، فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضي الله عنه ، فهي أم عمرو بن عثمان ، واشتهر ذلك فلم ينكر ، ولأنه اذن في النكاح لجاز مطلقا كإذن المرأة أو عقد لجاز التوكيل فيه مطلقا والله اعلم

(فصل) ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل ، سواء كان الموكل أباً أو غيره ، ولا يفتقر إلى حضور شاهدين . وقال بعض الشافعية : لا يجوز لغير المجبر التوكيل إلا بإذن المرأة ، وخرجه القاصي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ؛ وحكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحضور شاهدين لأنه يراد لحل الوطء فافتقر إلى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه اذن من الولي في التزويج فلم يفتقر إلى اذن المرأة ولا إلى اشهاد كإذن الحاكم . وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة ، وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر إلى اشهاد بخلاف النكاح ويطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري (فصل) ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل وإن كان للولي الإيجاب ثبت ذلك لو كيلة . وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى اذنها ومراجعتها لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه . وكذلك الحكم في السلطان والحاكم بإذن غيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

فصل

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟
فروى أنها تستفاد بها وهو اختيار المحرقى لقوله : أو وصى ناظراً له في التزويج ،
وهو قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية ، وبه قال
الثوري والشعبي والنخعي والحارث الكلبي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ،
لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعاً فلم يجوز أن يوصى بها كالحضانة ، ولأنه لا ضرر
على الوصى في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ،
ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم ، وقال أبو عبد الله بن حامد
إن كان لها عصب لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن
عصبه جاز لعدم ذلك .

ولنا أنها ولاية ثابتة للأب لجازت وصيته بها كولاية المال ، ولأنه يجوز أن
يستتنب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً مقامه بعد موته فجاز أن يستتنب فيها
كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال ، فعلى هذا لا يصير وصياً في النكاح
بالوصية إليه في المال لأنها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى
قياساً على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية سواء كان مجبراً
كأب أو غير مجبر كغيره ووصى كل ولى يقوم مقامه ، فإن كان الولي له الإجماع
فكذلك وصيه ، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو
كالوكيل ، وقال مالك إن عين الأب الزوج ملك الوصى إجبارها صغيرة كانت
أو كبيرة ، وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر إذنها ، وإن
كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أدت جاز أن يزوجهها بإذنها .

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ،
ومنى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصى قائم مقام الموصى
فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل .

ومسألة ، قال وإذا كان الأقرب من عصيتها طفلاً أو كافراً أو عبداً وزوجها
الأبعد من عصيتها (

وجملة ذلك : أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسألة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمي ناسته شروط : العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف تذكره ، فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلى نفسه فغيره أولى . وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل ، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند .

قال القاضي : والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحفظ لها لا ولاية له ، فأما الإغناء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء عليهم السلام ، ومن كان يحسن في الأحيان لم تول ولايته لانه لا يستديم زوال عقله فهو كالإغناء .

الشرط الثاني : الحرية ، فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فإن العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى ، وقال أصحاب الرأي يجوز أن يزوجه العبد بإذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها ، وقد مضى الكلام في هذه المسألة .

الشرط الثالث : الإسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة أهل العلم أيضاً ، قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، قال أحمد بلغنا أن علياً أجاز نكاح الأخ ورد نكاح الأب وكان نصرانياً .

الشرط الرابع : الذكورية شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال ، والمرأة ناقصة فاقصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى .

الشرط الخامس : البلوغ شرط في ظاهر المذهب ، قال أحمد : لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه إذا بلغ عشرأ زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام الحرقى لتخصيصه المصلوب بالولاية بكونه طفلاً ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووجبه في طلاقه تثبت له الولاية كالبالغ والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تنقيد

بالنصران في حق غيره اعتبرت نظراً له ، والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة .

الشرط السادس . العدالة ، وفي كونها شرطاً روايتان .

احداها . هي شرط ، قال أحمد اذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن المجدي استقبل النكاح ، فظاهر هذا انه أفسد النكاح لانقضاء عدالة المولى له ، وهذا قول القاضي وذلك لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل ، قال أحمد : أصبح شيء في هذا قول ابن عباس ، وقد روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ، وأما امرأة أنكحها ولي مخرجوط عليه فنكاحها باطل ، وروى عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل ، ولانها ولاية نظرية فلا يستبدتها العاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مثنى بن جامع أنه سأل أحمد : اذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام المحرق لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق ، وهو قول مالك وأبي حنيفة . وأحد قولي الشافعي ، لانه يلى نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ، ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر في كمال العدل .

(فصل : ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيباً عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ، ولان المقصود في النكاح بعرف بالسباع والاستفاضه فلا يقتصر على النظر ولا يشترط كونه ناطقاً بل يجوز أن يلى الاخرس اذا كان مفهوم الاشارة لان اشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك في النكاح .

(فصل : ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكله لان وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وان وكله الوالى في تزويج موليته لم يجهز لانها ولاية وليس هو من أهلها ولانه لما لم يملك تزويج مناسبه بولاية النسب فلان لا يملك تزويج مناسبه غيره بالتوكيل أولى ، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد

لأنهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ به ، فأما أن وكاه الزوج في قبول النكاح له أو وكاه الأب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال : أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالأبواب ويحتمل جواز توكيل من ذكرنا فيه لأنهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة

مسألة ، قال (ويرزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروى عنه أنه يلي نكاحها وإلى شهادتها ، قال القاضي هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنت في حقها لقصورها فثبت لوليائها كولاية نفسها ولأنهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمها إلا بإذنها لأنها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ، ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكرأ لأن صماتها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحياثتها ولا تستحي من تزويج أمها ، وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمها إن كان الحظ في تزويجها والا فلا يملك تزويجها ، وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير ، وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لأن فيه تفريرا بمال الصغيرة لأنها ربما حملت فتلقت

ولنا أن له التصرف بما فيه الحظ ، والتزويج ما هنا فيه الحظ لأن الكلام فيه مجاز كمائر التصرفات الجائزة ، واحتمال الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصياتها عن الزنا الموجب للعقد في حقها وبعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم ، وإن كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لأنه هو المتصرف في المال وهي مال

الرواية الثانية : أن للمرأة أن تولى أمر أمتها رجلا يزوجها ، نقلها عن أحمد جماعة لأن سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنت المناشرة لنقض الأنوثة فملك التوكيل كالرجل المريض والغائب ، ونقل عن أحمد كلام يحتمل

رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها ، فإنه قيل له تزوج أمها ؟ قال قد قيل ذلك
 من مالها وهذا يحتمل أنه ذهب إليه وهو قول أبي حنيفة لأنها مالكة لها وولايتها
 تامة عليها فلو كانت تزويجها كالسيد ، ولأنها تملك بيعها واجارتها فلو كانت تزويجها
 كسيدها ، ولأن الولاية انما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الأولياء
 تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للأولياء
 فيها ، ويحتمل أن أحد قال هذا حكاية لمذهب غيره ، فإنه قال في مباحثها أحب إلى أن
 تأمر زوجها لأن النساء لا يعقدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي (ص)
 أنه قال : لا تنكح المرأة المرأة ، وقالت عائشة رضي الله عنها : زوجوا فان النساء
 لا يزوجن ، واعتقدوا فان النساء لا يعقدن ، ولأن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها
 فغيرها أولى .

• مسأله : قال (ويزوج مولاتها من يزوج أمها)

بني عتيقتها وهذه فيها روايتان .

أحدهما : أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلا لأنها عصبتها وترثها بالتصيب
 فأشبهت المتيقن ، والثانيه : ولي سيدتها وليها وهي الاصح لأن هذه ولاية لنكاح
 حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها
 ويرثونها بالتصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المتيقن تزويج
 معتقه لموت أو جنون ، وقد ذكرنا أنه إذا انقرض العصبه من النسب ولي المولى
 المتيقن ثم عصابه من بعده الاقرب فالأقرب كذا هاهنا إلا أن ظاهر كلام المتحرفي
 مهنا تقديم أبي حنيفة المتيقن على ابنها لأنه الذي يزوجه وذكرنا ثم خلافت
 هذا ويعتبر في ولايته شرطان .

أحدهما : عدم العصبه من النسب لأن المناسب أقرب من المتيقن وأولى منه ،
 الثاني : اذن الزوجه لأنها حرة وليست له ولاية اجبار فانه أبعد العصبات ولا يقتصر
 إلى اذن مولاتها لأنها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد .
 (فصل) وإذا كان للأمة مولى فهو وليها وإن كان لها مولى فإن الولاية لها
 وليس لواحد منها الاستقلال بالولاية بغير اذن صاحبه لأنه لا يملك إلا نصفها

وان اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنها لأن تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرية فإن نكاحها حق لها ونفقه عائد اليها ونكاح الامة حق لمسيديها ونفقه عائد اليه فلم يثبت للسلطان ولاية عنه فيه فان أعقبا ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما ؛ وان لم يكن لها عصبة فهما ولياها ولا يستقل أحدهما بالزوج لأن ولايته على نصفها ، فإن اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام الممتنع منها لأنها صارت حرة وصار نكاحها حلالا لها . وان كان المعتق أو المعتقة واحداً وله عصبات في درجة واحدة كالابنين أو الاخوين فلا يحددهما الاستقلال بتزويجها كما يملكه تزويج سيديتها .

مسألة ، قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها الى رجل يزوجه منه ياذنها)

وجملته : أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان .

إحداهما : له ذلك ، وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة فارط : أنجملين أمرك إلى ؟ قالت نعم ، قال قد تزوجتك ، ولأنه يملك الإيجاب والقبول لجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي فثبت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أعتق صفية وجعل صفها صداقها . فإن قيل : قد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : وكل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح . زوج وولي وشاهدان ، قلنا هذا لا يفيده ، وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل ينظر الى ذكر الإيجاب والقبول أم يكفي بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلاته وقبلت هذا النكاح لأن ما ينظر

إلى الإيجاب يظهر إلى القبول كسائر العقود ، والثاني : يكفيه أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة ، وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأن إيجابه يتضمن القبول ، فأشبه إذا تقدم الاستدعاء ، ولهذا قلنا إذا قال لامته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك فيعقد النكاح ، مجرد هذا القول والرواية الثانية : لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا بزوجته إياها بإذنها ، قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور : لا يزوج نفسه حتى يولى رجلا . على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا بزوجته امرأة المغيرة أولى بها منه ، ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجر أن يتولى طرفيه كالبيع ، وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبد الصغير ، وعلى هذه الرواية أن وكل من يقبل له العقد ويتولى هو الإيجاب جاز .

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكه بالإذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ، ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده .

ولنا ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ، ولأن وكيله يجوز أن يلى العقد عليها لغيره فصح أن يليها عليها له إذا كانت تحمل له كالامام إذا أراد أن يزوج موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضره غير عاضل فلم يليها الحاكم قالوا أراد أن يزوجها غيره ، ومفهوم قوله عليه السلام : السلطان ولي من لا ولي له ، أنه لا ولاية له على هذه .

(فصل) وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجر أن يزوجها نفسه لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره ، فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولى طرفي العقد ، فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا بزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى اذنها للوكيل على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها ، وإن وكل رجلا يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتاج إلى اذنها لأنها قد أذنت له .

(فصل) وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لأنه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الاذن في قولهم جميعاً : وإن كان مالكا لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه أو وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالأذن وإن زوج بنته الكبيرة^(١) عبده الكبير لم يجر ذلك إلا برضاها لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان، وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجر لأنه لا يجوز له تزويجها من لا يكافئها، وعنه يجوز وستذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً أو سيداً)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم ، وقال أبو الخطاب في الذمى إذا أسلمت أم ولده هل يلى نكاحها ؟ على وجهين .

أحدهما : يلى لأنها مملوكة فلى نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فليها كإجارتها ، والثاني : لا يلى لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولأنها مسلمة فلا يلى نكاحها كابنته ، فلى هذا يزوجه الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع .

وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولى سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولأن محتلقي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يلى عليه كالأولى كان أحدهما رقيقاً وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر لكونها لا تحل للمسلمين ؛ وكذلك ولى سيد الأمة الكافرة يلى تزويجها لكافر لأنها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولى لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولى لها من أهل الأمة لأن

ولاية عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة ، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين .

(فصل) إذا تزوج المسلم ذمية فولياها الكافر بزوجها إياه ، ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه لأنه وليها فصح تزويجه لها كالمسلم زوجها كافراً ، ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كالمسلم تزوجها ذمي . وقال القاضي : لا يزوجها إلا الحاكم لأن أحمد قال لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ، ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين ، والاول أصح : والشهود يرادون لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية .

مسألة ، قال (وإذا زوجها من غيبه أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد)

هذه المسألة تشمل على أحكام ثلاثة :

أحدها : أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك يصح لأن هذا ولي له أن يزوجه بإذنها كالأقرب .

ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد .

الحكم الثاني : أن هذا للعقد بيع فاسد لا يقف على الإجازة ، ولا يصير بالإجازة صحيحاً ، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المختبر إذنها بغير إذنها ، أو تزوج العبد بغير إذن سيده ، فالتكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين ، نص عليه أحمد في مواضع ، وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة ، فإن أجازته جاز ، وإن لم يجزه فسد ، قال أحمد في صغير زوجه عمه ، فإن رضي به في وقت من الأوقات جاز ،

وإن لم يرض فسخ ، وإذا زوجت اليئمة فلها الخبار إذا بلغت ، وقال : إذا زوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد : وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الأذن .

وروى ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب ، وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وإسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روى ، أن جلوبة بكراً أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود وابن ماجه .

وروى أن ، فتاة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خبيثته . قال لجعل الأمر إليها : فقالت قد اجزت ما صنع أبي ولكنني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئاً ، رواه ابن ماجه والنفائي ، وفي رواية ابن ماجه ، أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء ، ولأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، إياها امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، وقال ، إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل ، رواه أبو داود وابن ماجه : إلا أن أبا داود قال : أنه موقوف على ابن عمر ، ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والحلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينقذ كنكاح المعتدة .

فأما حديث المرأة التي خيرها النبي صلى الله عليه وسلم فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكره ابن عباس قاله أبو داود ، ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت ، زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خبيثته ، فتخيرها لتزويجها من غير كفها ، وهذا يثبت الخبار ولا يطل النكاح .

والوصية يترأخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها ، فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر في العقد ، لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد ، ولأنها إذا وجدت استند المالك إلى حالة العقد ، حتى

لو كان في العقد ثمة ملك من حين العقد لا من حين الاجازة . وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر : ان كان ما لو رفع الى الحاكم اجازته ورثه الآخر . لأنه عقد يلزمه اجازته فهو كالصحيح وان كان ما يفسخه لم يرثه :

(غصن) ومتى تزوجت المرأة بغير اذن وإيها ، أو الأمة بغير اذن سيدها ، فقد ذكره أصحابنا من جهة الصور التي فيها الروايتان . والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصریح النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان . ولأن الاجازة انما تكون لعقد صدر من أهله في محله . فإن المرأة ليست أهلا له . بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الاذن المقارن . فلأن لا يصح بالاجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا . فأما على القول الآخر فتى تزوجت المرأة بغير اذن الولي فرفع الى الحاكم لم يملك اجازته والامرفيه الى الولي فتى رده بطل : لأن من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرأة اذا زوجت بغير اذنها وفيه وجه آخر : أنه اذا كان الزوج كفوا أمر الحاكم الولي بإجازته فإن لم يفعل أجازه الحاكم . لأنه لما امتنع من الاجازة صار عاضلا فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما في ابتداء العقد ، ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجاز فالمر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لأن الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ، ولذلك لم يجب الحد ومتى تزوجت الأمة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة الى من تحل له انفسخ النكاح لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولأنها أقوى فازالت الاضعف ، كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه ، وإن خرجت الى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضا ، لأن العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجوز باجازة غيره ، كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجاز المهنرى الثاني بيع الأجنبي

وفي وجه آخر : أنه يجوز باجازة المالك الثاني لأنه يملك ابتداء العقد للملك اجازته كالاول ، ولا فرق بين أن يخرج يبيع أو ارث أو هبة أو غيره ، فأما ان احتضا السيد احتل أن يجوز النكاح ، لأنه انما وقف لحق المولى فاذا احتق

سقط حقه فصح العقد ، واحتمل أن لا يجوز لأن إبطان حق المولى ليس بإجازة ولأن حق المولى إن بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فإنه يلزم بالولاية .
 (فصل) وإذا زوجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها ، وقتلنا يقف على إجازتها بإجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من المتمكين من الوطء : أو المطالبة بالمهر والنفقة ، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب ، لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة ، إن وطئك زوجك فلا خيار لك . جعل تمكينها دليلا على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة ، والمتمكين من الوطء دليل على الرضى ، لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح ، فوجوده من المرأة دليل رضاها به .

الحكم الثالث : إذا عضلها المولى الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد ، نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان ، وهو اختيار أبي بكر . وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضى الله عنه وشريح . وبه قال الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه . كما لو كان عليه دين وامتنع من تصديه . ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملك الأبعد كما لو جن : ولأنه يفتق بالعضل تنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر ، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله ، السلطان ولي من لا ولي له ، وهذه لها ولي ويمكن حله على ما إذا عضل الكل ، لأن قوله ، فإن اشتجروا ، ضمير جمع يتناول الكل ، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة :

أحدها أنها حق للمولى والدين حق عليه

الثاني : أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون المولى وفسقه وموته .

الثالث : أن الدين لا يعتبر في بقاءه العدالة ، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا ، فإن قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب

إليه ، قلنا : فسفه بامتناعه ، فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فوال
فسفه فلذلك صح تزويجه والله أعلم

الفصل ومعنى المضل منع المرأة من التزويج بكفتها إذا طلبت ذلك
ورغب كل واحد منهما في صاحبه

قال معقل بن يسار ، زوجت أختالي من رجل فطلقها ، حتى إذا انقضت عدتها
جاء بخطبها ، فقلت له : زوجتك وأفرشتك وأكرمك فطقتها ثم جئت بخطبها ،
لا والله لا تعود إليك أبداً ، وكان رجلاً لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع
إليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت : الآن أفعل يا رسول الله
قال فزوجها إياه ، رواه البخاري ، وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه ،
وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لم يمنعها من التزويج
بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عاراً وفيه ضرراً على نساءها لنقص مهر مثلهن
ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه
كثمن عبدها وأجرة دارها ، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى
ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أراد أن يزوجه ، التمس ولو خاتماً من
حديد ، وقال لامرأة زوجت بنعلين ، أَرْضِيَتْ بنعلين من نفسك ؟ ، قالت نعم .
فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم

وقولهم : فيه عار عليهم ، ليس كذلك ، فإن عمر قال ، لو كان مكرمة في
الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاً كم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يعني غلو
الصداق ، فإن رغبت في كفه بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من
تزويجها من الذي أراده كان عاضلاً لها ، فاما إن طلبت التزويج بغير كفتها فله
منعها من ذلك ولا يكون عاضلاً لها بهذا ، لأنها لو زوجت من غير كفتها كان له
فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداءً أولى .

مسئلة ، قال ، وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل
فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فإن لم يكن فالسلطان (

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن الأقرب إذا غاب غيبة متقطعة فلا أبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يزوجه الحاكم لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ، ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضرا ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام : السلطان ولي من لا ولي له ، وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها ، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فثبتت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب ، فكان ذلك للأبعد كالأصل وإذا عضلها الأقرب فهو كسألتنا

والفصل الثاني في الغيبة المتقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها ، فهو قول المخرق : هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه ، لأن مثل هذا تعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة ، أي ينقطع من إمكان تزويجها ، وقال القاضي : يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القواقل فيه في السنة إلا مرة ، لأن الكف ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر ترك تزويجها

وقد قال أحمد في موضع : إذا كان الأب بعيد السفر يزوج الأخ ، قال أبو الخطاب : فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة ، لأن ذلك هو السفر الذي علفت عليه الأحكام ، وذهب أبو بكر إلى أن جدها مالا يقع إلا بكلفة ومشقة ، لأن أحمد قال : إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له ، وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب ، فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فتد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فإنه يتعذر في ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب فيكون كالمعدوم ، والتحديد بالعام كبير فإن الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ، ويذهب الخطاب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته ، والتوسط أولى والله أعلم

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المتقطعة ، فقال بعضهم كقول القاضي ،
وبعضهم قال من روى إلى بغداد ، وبعضهم قال من البصرة إلى الرقة ، وهذا
القولان يشبهان قول أبي بكر ، واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج
فيها الحاكم ، فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم . وإن كان
المولى قريباً ، وهو ظاهر نص الشافعي ، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة
متقطعة أنه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وإن كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته
فهو كالبعيد ، فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره . وهذا
موجود هنا ، ولذلك إن كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم
يعلم مكانه فهو كالبعيد .

، مسألة ، قال (وإذا زوجت من غير كفه فالنكاح باطل)

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاية لصحة النكاح ، فروى عنه
أنها شرط له ، قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما ، وهذا قول سفيان . وقال
أحمد في الرجل يشرب الشراب : ما هو بكفه لها يفرق بينهما ، وقال : لو كان
المتزوج حائضاً فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه ، لا تمنع خروج ذوات
الاحساب إلا من الأكفاء ، رواه الحلال بإسناده

وعن أبي إسحاق الهمداني قال : خرج سليمان وجريز في سفر فاقبست الصلاة
فقال جريز لسليمان : تقدم أنت ، قال سليمان : بل أنت تقدم فإنكم معشر العرب
لا يتقدم عليكم في صلاتكم . ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بعهد
صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ، ولأن التزويج مع فقد الكفاية تصرف في حق
من يحدث من الأولياء بغير أذنه فلم يصح ، كما لو زوجها بغير أذنها

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء
ولا تزوجوهن إلا الأولياء ، رواه الدارقطني ، إلا أن ابن عبد البر قال : هذا
ضعيف لا أصل له ولا يحتاج بمثله

والرواية الثانية عن أحمد : أنها ليست شرطاً في النكاح ، وهذا قول أكثر أهل

العلم ، روى نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير
وحاد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي
يقوله تعالى (أن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضي الله عنها : أن
أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة
وهو مولى لامرأة من الانصار ، أخرجه البخاري و : أمر النبي صلى الله عليه وسلم
فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاة فنكحها بأمره ، متفق عليه
وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية ، وقال ابن مسعود
لاخنة : أنشدك الله أن تتزوجي إلا مسلماً وإن كان أحمر رومياً أو أسود حبشياً ،
ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو الأولياء أو لها فلم يشترط وجودها
كالسلامة من العيوب .

وقد روى أن أبا هند حرم النبي صلى الله عليه وسلم في البافوخ فقال النبي
صلى الله عليه وسلم : يا بني نياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه ، رواه أبو داود
إلا أحمد ضعفه وأذكره إنكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشرطة وما روى فيها
يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لأن الزوجة وكل واحد
من الأولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فله الفسخ ، ولذلك لما زوج رجل ابنته
عن ابن أخيه ليرفع بها خبيثته جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فأجازت
ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار ، فإذا قلنا بأشتراطها فإنما نعتبر
بوجودها حال العقد فإن عدت بعده لم يبطل النكاح لأن شروط النكاح إنما تعتبر
لدى العقد ، وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة
على ما عضي ، فإن قلنا ليست شرطاً فرضيت المرأة والأولياء كلهم صرح النكاح ،
وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلاً من أصله أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن
أحمد وقولان للشافعي .

أحدهما : أنه باطل ، لأن الكفاءة حق لجميعهم ، والعامل متصرف فيها بغير
رضام فلم يصح كتصرف الفضولي .

والثانية : هو الصحيح بدليل أن المرأة التي رفعت إلى النبي صلى الله عليه وسلم
إلى أبيها زوجها من غير كفنها خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ، ولأن العقد

وقع بالأذن ، والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها ، فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ومالك ، وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقي الأولياء فسخ ، لأن هذا الحق لا يتجزأ وقد أسقط بعض الشركاء حقه فسقط جميعه كالقصاص .

ولنا أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي ، فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملاً فإذا سقط بعضه تعذر استيفاءة وههنا بخلافه ، ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقرن عدم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لهم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الأقرب مثل أن يزوج الأب بغير كفء فإن للإخوة الفسخ ، قال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب لأنه لا حق للأبعد معه فرضاؤه لا يعتبر .

ولنا أنه ولي في حال بلحقه العار بمقدار الكفاة فلك الفسخ كالمساويين

مسألة ، قال (والكفء والدين والمنصب)

يعنى بالمنصب الحب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاة فمنها شرطان الدين والمنصب ، وعنه أنها خمسة هذان والحرية والصناعة والبسار .

وذكر القاضى في المجرّد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وأما الروايتان في الشرطين الأولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاة في النسب لا غير لأنه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد ، وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط ، وذكره أبو الخطاب أيضاً ، وقال مالك : الكفاة في الدين لا غير ، قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه ، وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي الأئمة الثلاثة والسلامة من العيوب الأربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يذكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفواً لأن الغالب

على الجند الفسق ويعد ذلك نقصا والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستترون) ولأن الفاسق مردود والشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مملوك الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفوا لعفيفه ولا مملوكا لها لكان يكون كفوا لمثله ، فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات .
والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء . قال قلت وما الاكفاء ؟ قال في الاحساب ، رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب يعدون الكفاءة في الدب ويألفون من نكاح الموالى ويرون ذلك نقصا وعارا فلذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ، ولأن في فقد ذلك عارا ونقصا فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين .

فصل في

واختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم ، وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إن الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم ، ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخصر به من سائر العرب وبني هاشم أخصر به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم إن أجرايتنا من بني هاشم لأنك ذكر فضلكم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم .
وقال أبو حنيفة : لا تكافئ العجم العرب ولا العرب قريشا : وقريش كلهم أكفاء لأن ابن عباس قال قريش بعضهم أكفاء بعض .

والرواية الثانية : عن أحمد أن العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم بعضهم لبعض أكفاء لأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وزوج أبا الطحى ابن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي وتزوج المصعب بن الزهري أختها مكيته وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقاداد ابن الأسود خبابة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله صلى الله عليه وسلم

وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد
فاطمة بنت قيس وهي من قريش ، ولأن العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وإن
تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب .

فصل

فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاة فلا يكون العبد كفواً لحره لأن
النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد ، فإذا ثبت الخيار
بالحرية الظاهرية فالحرية المقارنة أولى لأن نقص الرق كبير وضرره بين فإنه
مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا يتفق ثقة المومنين ولا يتفق على ولده وهو
كالمدوم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال
لبريرة لو راجعته : قالت يا رسول الله أنا مرنى ؟ قال : إنما أنا شفيع ، قالت :
فلا حاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فإنه قد انقضى
نكاحها باختيارها ولا يشفع إليها النبي صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا
والنكاح صحيح .

(فصل) فأما البسار ففيه روايتان .

إحداهما : هو شرط في الكفاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال ،
وقال : إن أحساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال ، وقال لفاطمة بنت قيس
حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فمملوك لا مال له ، ولأن على المومنة
ضرراً في إعسار زوجها لإخلاله بنفقته ومؤنة أولادها ولهذا ملكك الفسخ
بإخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارنا ، ولأن ذلك معدود نقصاً في عرف الناس
وبعضهم فيه كفاحهم في النسب وأبلغ ، قال نبيه بن الحجاج السهمي :

سألتني الطلاق أن رأيتني قل مالي قد جئتني بذكر

ويكان من له نسب يحجب ومن يفتقر يعيش عيش ضر

فكان من شروط الكفاة كالنسب .

والرواية الثانية : ليس بشرط لأن الفقر شرف في الدين وقد قال النبي صلى الله
عليه وسلم « اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً ، وليس هو أمراً لازماً فأشبهه

العافية من المرض ، والبسار المعتبر ما يقدر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها
ويمكنه أداء مهرها .

(فصل) فأما الصناعة فقيها روايتان أيضا .

إحداهما : أنها شرط فمن كان من أهل الصنائع الدينية كالحائك والحجام
والحارس والكساح والدباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي
المروءات أو أصحاب الصنائع الجليلة كالجارة والبنابة لأن ذلك نقص في عرف
الناس فأشبهه نقص النسب ، وقد جاء في الحديث : العرب بعضهم لبعض أكفاء
الا حائكاً أو حجاماً ، قيل لا أحد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟
قال العمل عليه ، يعني أنه ورد موافقاً لأهل العرف ، وروى أن ذلك ليس بنقص
ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لأن ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم
فأشبهه الضعف والمرض : قال بعضهم :

الا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقى نقيصة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجيم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فانه لا خلاف في أنه
لا يبطل النكاح بعدمها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء لأن ضرره
مختص بها ، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والابرص والمجنون وما عدا هذا فليس
بمعتبر في الكفاءة .

(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان في الإسلام
والحرية وقال أبو حنيفة : ليس بكفء ، وليس بصحيح فإن الصحابة رضوا الله
عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الأمة فلا يجوز أن يقال أنهم غير
أكفاء للتابعين .

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفواً لذات نسب فإن أحد
رحمه الله ذكر له أنه يذكح ويذكح إليه فكأنه لم يجب ذلك لأن المرأة تعتبر به
هي ووليها ويتمدى ذلك إلى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لعريته فلا إشكال
فيه لأنه أدنى حالا من المولى .

(فصل) والموالي بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم، قال أحمد رحمه الله في رجل من بني هاشم له مولاة يزوجها الخراساني، وقول النبي (ص) «موالي القوم من أنفسهم» هو في الصدقة. فأما النكاح فليست كح

وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيدا وأسامة عريتين ولأن مولى بني هاشم ساووم في حرمان الصدقة فيساووم في الكفاءة وليس هذا بصحيح فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب فإن المولى إذا كان كفء سيده كان كفوا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب.

وقد قال أحمد هذا الحديث في الصدقة لا في النكاح، ولهذا لا يساووم في استحقاق الخمس ولا في الإمامة ولا في الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عريتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عريان فانهما من كلب وإنما طرا عليهما رق، فلي هذا يكون هذا حكم كل عربي الأصل.

(فصل)

فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمى يفرق بينهما، وكذلك إذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من مولاة اللقطة وتد كتب الحديث فهذا شر من جهمى يفرق بينهما، وقال: لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدرى فإذا كان لا يدعو فلا بأس، وقال من لم يربع بعلى في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه، وقال القاضي: والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه.

(فصل) والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة فإن النبي صلى الله عليه وسلم لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء وقال من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران، متفق عليه: ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الأم.

« مسألة ، قال (وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالتكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها .

وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى : « واللاتي يئنس من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن » لجعل للاتي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها فيعتبر ، وقالت عائشة رضي الله عنها « تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست وبني بي وأنا ابنة تسع ، متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها .

وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له : فقال : ابنة الزبير إن مت ورثتني وإن عشت كانت امرأتى وزوج على ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، وأما البكر البالغة العاقلة فمن أحمد روايتان :

أحدهما : له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق .

والثانية : ليس له ذلك واختارها أبو بكر ، وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال « لا تنكح الأيم حتى تستامر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه .

وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكرة أنت النبي صلى الله عليه وسلم قد كرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالغيب والرجل .

ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) :

والأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صماتها ، رواه مسلم
 وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر
 وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئذان ههنا والاستئذان
 مستحب في حديثهم ليس بواجب ، كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله (ص)
 : «أمروا النساء في بناتهن» ، رواه أبو داود

وحدث التي خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل ، ويحتمل أنها
 التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خبيثته فتخيرها لذلك ، ولأن مالا
 يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق .

وقول الحرق في موضعها في كفارة بدل على أنه إذا زوجها من غير كفء
 فنكاحها باطل ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولي الشافعي لأنه
 لا يجوز له تزويجها من غير كفء فلم يصح كسائر الأنكحة المحرمة ولأنه عقد
 لمولته عقداً لاحظ لها فيه بغير إذنها فلم يصح كيجه عقارها من غير غبطة ولا حاجة
 أو بيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعاً ، فلم يصح تصرفه لها شرعاً بما
 لاحظ لها فيه كالوكيل .

والثانية : يصح لأنه عيب في المعتقد عليه فلم يمنع الصحة كسواء المريب الذي
 لا يعلم عيبه ، ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء ويصح
 إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه العقد فبطل لتعريمه بخلاف ما لم يعلمه كالألو
 اشترى لها مريباً يعلم عيبه . ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لأنه يمكن استدراك
 الضرر بإثبات الخيار لها فتفسخ إن كرهت ، وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها
 بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته .

فإن كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً لأنه أسقط حقه
 برضاه ، وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه ، لأنه يفسخ خطبها
 وحققها لا يسقط برضاه ، ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها
 حتى تبلغ وتختار فإن كان لها ولي غير الأب فلها الفسخ على ما مضى وعلى كلتا
 الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء ، ولا من معيب لأن الله تعالى
 أقامه مقامها فانظراً لها فيما فيه الخطأ ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف في نفسها

فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه كما في مالها ، ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولى .

« مسألة ، قال (وليس هذا لغير الأب)

يعنى ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة ، جداً كان أو غيره . وهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى ، وبه قال الشافعي : إلا في الجد فإنه جعله كالأب ، لأن ولايته وإيلاد فملك إجبارها كالأب ، وقال الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو حنيفة لغير الأب تزويج الصغيرة ولها الخبار إذا بلغت ، وقال هؤلاء غير أبو حنيفة إذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار إذا بلغا .

قال أبو الخطاب : وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لأن الله تعالى قال (وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) ففهمه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ، واليتيم من لم يبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا یتیم بعد احتلام » .

قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها وبشركتها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيا مثلما يعطيا غيره فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا أهل سنتهن في الصداق متفق عليه ولأنه ولي في النكاح فملك التزويج كالأب .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « تستامر اليتيمة في نفسها وإن سكنت فهو أذن لها وإن أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود والنسائي ، وروى عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها » .

واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها ولأن غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبي ولأن الجد يلي بولاية غيره فأشبهه سائر العصبات ، وفارق الأب فإنه يلي بغير واسطة

ويستقط الإخوة والجد ويحجب الام عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وأبوين
أو زوجة وأبوين . والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (توتونهن
ما كتب لهن) وإنما يدفع الى الكبيرة أو تحملها على بنت تسع .

(فصل)

وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان :
أحدهما : أنها كمن لم تبلغ تسعاً نص عليه في رواية الاثرم ، وهو قول مالك
والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء ، قالوا : حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان
لأنها غير بالغة ولأن أذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح .
والرواية الثانية : حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور ، المفهوم
الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن البنية تنكح بإذنها وإن أبت فلا جواز عليها
وقد انتهى به الإذن بمن دونها فيجب حملها على من بلغت تسعاً .
وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها ، أنها قالت : إذا
بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ، ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر عن النبي
صلى الله عليه وسلم بمعناه في حكم المرأة ولأنها بلغت سناً يمكن فيه حيضها ويحدث
لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة ، فعلى هذا إذا زوجت ثم بلغت ، لم
يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت .
وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته الى عائشة فأجابته وهي لدون
عشر لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها ، وإنما كانت ولاية عمر عشرأ فذكره
الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ولم يذكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على
صحته تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

رد مسألة ، قال (ولو استأذن البكر البالغة والدما كان حسناً)

لا نعلم خلافاً في استحباب استئذانها فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر به
ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطيب قلبها
وخروجها من الخلاف ، وقالت عائشة : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
الجارية بنكحها أهلها أنست أم لا ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم

« نعم نيتامر » وقال « استامروا النساء في أبضاعهن » فإن البكر ليستحي فليسكنها ،
فهرأذنها ، متفق عليهما .

وروى عن عطاء قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يستامر بناته إذا أتتهن
قال : كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول : إن فلاناً يذكر فلانة ، فإن حركت
الحدر لم يزوجها وإن سكنت زوجها .

(فصل) ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم
« آمروا النساء في بناتهن » ولأنها تشارك في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها
بشفقتها عليها وفي استئذانها تطيب قلبها وإرضاء لها فتكون أولى

مسألة ، قال (وإذا زوج ابنته الثيب بغير أذنها فالنكاح باطل ، وإن
رضيت بعد)

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز
للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها
وإن كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله ، فإن كانت بائمة في بنتها
مع عيالها استامرها . قال اسماعيل بن اسحاق : لا أعلم أحداً قال في البنت بقول
الحسن ، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة ، فإن الحنساء ابنة حذام
الأنصارية روت أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فأتى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه . رواه البخاري والآئمة كلهم

قال ابن عبد البر : هذا الحديث يجمع على صحته والقول به ، لا نعلم مخالفاً له إلا
الحسن ، وكانت الحنساء من أهل قباء ، وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم
أُتت ، فزوجها أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى
رسول الله (ص) فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر

وروى أبو هريرة أن رسول الله (ص) قال « لا تنكح الأيم حتى نيتامر »
متفق عليه . وقال « الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس للولي مع الثيب أمر » رواها النسائي

وأبو داود، ولأنها رئيسة طامعة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يحز إجبارها عليه كالرجل .

القسم الثاني : الثيب الصغيرة وفيها وجهان :

أحدهما لا يجوز تزويجها ، وهو ظاهر قول الحرق ، واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لمعوم الأخبار ، ولأن الإجبار يختلف بالبكارة والحيوة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب ، ولأن في تأخيرها فائدة ، وهو أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر إذنها ، فوجب التأخير بخلاف البكر

الوجه الثاني . أن لا يها تزويجها ولا يستامرها ، اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لأنها صغيرة لحاز إجبارها كالبكر والغلام ، يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثبوت على ما حصل للغلام بالذكورية ، ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه ، والأخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق بنفسها من وإياها والصغيرة لا حق لها .

ويخرج وجه ثالث ، وهو أن ابنة تسع سنين يزوجه وإياها ياذنها ، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم

مسألة ، قال (وإذن الثيب الكلام وأذن البكر الصمت)

أما الثيب فلا تعلم بين أهل العلم خلافاً في أن أذنها الكلام للخبر ، ولأن البيان هو المعبر عما في القلب وهو المعبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء بسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض

فأما البكر فإذنها صماتها في قول عامة أهل العلم ، منهم شريح والشعبي وإسحاق والنخعي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ، ولا فرق بين كون الولي أباً أو غيره . وقال أصحاب الشافعي في صماتها في حق غير الأب وجهان :

أحدهما لا يكون إذناً ، لأن الصمات عدم الإذن فلا يكون إذناً ولأنه محتمل للرعي والجهل وغيرهما فلا يكون إذناً كما في حق الثيب ، وإنما اكتفى به في حق الأب لأن رضاهما غير معتبر ، وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك السنة الصحيحة

الصريحة يسان الثامني عن إضافته إليه ، وجعله مذهبا له مع كونه من أتبع الناس
لسنة رسول الله (ص) ولا يعرج منصف على هذا القول : وقد تقدمت روايتنا
عن رسول الله (ص) أنه قال : لا تنكح الايم حتى تستامر ، ولا تنكح البكر
حتى تستأذن ، فقالوا يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال أن تسكت
وفي رواية عن عائشة أنها قالت : يا رسول الله ان البكر تستحي ؟ قال : رضاها
صماتها ، متفق عليه . وفي رواية : واليتيمة تستامر فصمتها لإقرارها ، رواه النسائي
وفي رواية : تستامر اليتيمة في نفسها ، فإن سكنت فهو اذنها ، وهذا صريح في
غير ذات الأب .

وروى الاثرم عن عدى الكندي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
: الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها ، والاخبار في هذا كثيرة ،
ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعهما النطق بالاذن ولا تستحي من إبانها وامتناعها
فاذا سكنت غلب على الظن أنه لرضاها فاكتمى به ، وما ذكره يفضي إلى أن
لا يكون صماتها اذنا في حق الأب أيضا ، لأنهم جعلوا وجوده كعدمه ، فيكون
إذا ردا على النبي صلى الله عليه وسلم بالكلمة واطراحا للأخبار الصريحة الجليلة
وخرقا لإجماع الأمة المرضية .

(فصل)

فإن نطقت بالاذن فهو أبلغ وأتم في الاذن من صماتها وإن سكنت أو
ضحكت فهو بمنزلة سكوتها . وقال أبو يوسف ومحمد : إن سكنت فليس باذن لأنه
يدل على الكراهية وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث
ولنا ما روى أبو بكر باسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله (ص)
: تستامر اليتيمة فإن سكنت أو سكنت فهو رضاها ، وإن أبت فلا جواز عليها ،
ولا أنها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمات والضحك
والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهية ، ولو كرهت لا تمتعت فانها لا تستحي
من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت اذن وبمعناه على ما في معناه
من الضحك والبكاء ، وكذلك أقننا الضحك مقامه

(فصل)

والثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل ، سواء كان الوطء حلالا أو حراما . وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها ، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرة . وهذه لا تبشر بالإذن في النكاح فيبقى حيائها منه بحاله . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ، الثيب تعرب عن نفسها ، ولأن قوله (ص) ، لا تنكح الأيم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، وإذنها أن تسكت ، يدل على أنه لا بد من نطق الثيب ، لأنه قسم النساء قسمين ، فجعل السكوت إذنا لأحدهما ، فوجب أن يكون الآخر بحاله ، وهذه ثيب ، فإن الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك ، ولأنه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية ، ولو أوصى للأبكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرأ فوجدتها مصابة بالزنا ملك الفسخ ، ولأنها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة ، والتعليل بالحياء غير صحيح ؛ فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه ، وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه ، ولا فرق بين المكره والمطاوعة ، وعلى هذا ليس لنا إجبارها إذا كانت بالغة ، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان . وقولهم إنها لم تبشر بالإذن ، قلنا يطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة .

(فصل) وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه لحكمها حكم الأبكار . ذكره ابن حامد لأنها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ، ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل .

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها في تزويجها قبل الدخول قال قول قولها في قول أكثر الفقهاء . وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج ، لأن الأصل السكوت والكلام حادث ، فالزوج بدعي الأصل قال قول قوله .

ولنا أنها منكرة الإذن والقول قول المنكر ، ولأنه بدعي أنها استؤذنت وسمعت

فصحت والاصل عدم ذلك ، وهذا جواب عن قوله ، وان اختلفا بعد الدخول فقال القاضي القول قول الزوج ، ولان التمكن من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة اذا قلنا القول قولها ؟ قال القاضي قياس المذهب انه لا يمين عليها ، كما لو ادعى انه زوجها فانكرته ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي و ابو يوسف ومحمد : تستحلف فان نكلت فقال ابو يوسف ومحمد :

يثبت النكاح . وقال الشافعي : يستحلف الزوج ويثبت النكاح ولنا انه اختلاف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعى معه ، كما لو ادعى الزوج اصل التزويج فانكرته ، فان كانت المرأة ادعت انها اذنت فانكر ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في امر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه : كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها . ولانها تدعى صحة العقد وهم يدعون فسادها فالظاهر معها .

(فصل في المجنونة)

ان كانت من تجهل لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لانه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فع عدمه أولى . وان كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة اقسام :

أحدها : أن يكون وليها الاب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ، ذكره القاضي ، وهو ظاهر كلام الحرقى ، لانه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى ، وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة . ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار ، وليس على الثيب ولاية اجبار ، والاول أصح فان ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقلة .

القسم الثاني : أن يكون وليها الحاكم قضيها وجمان :

أحدهما : ليس له تزويجها بحال ، لأن هذه ولاية اجبار فلا تثبت لغير الاب كحال عقلها .

والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال ، كبيرة كانت أو صغيرة ، وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة ، لان بها حاجة اليه لدفع ضرر

الشهوة عنها وصياتها عن الفجور ونحوه المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل إلى إزالتها فأبيع تزويجها كالمثيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها إن قال أهل الطب إن علتها تزول بتزوجها لأن ذلك من أعظم مصالحها، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزوجها .

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيع تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه ما لو قال أهل الطب إنه يزول علتها . ونعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتنبئها الرجال وميلها إليهم وأشياء ذلك .

القسم الثالث : من وليها غير الأب والحاكم فقال القاضي لا يزويجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه .

وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج مولته فيها وهذا قول أبي حنيفة ، لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون ولياً دونهم كتزويج أمها ، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري ، فإن كان لها وصي في مالها لم يملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا .

ومسألة ، قال (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجه ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكرأ كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك لأن فعل فلان مهر مثلها لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المتزوج كالبيع ، ولأنه تقييد في مالها وليس له ذلك .

ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا في صداق النساء

فما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرقا وعليا ودينا ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ، ولأنه ليس المقصود من النكاح العرض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يأنفها في منصب ويعصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الأب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره وفارق سائر عقود المعاوضات فإن المقصود فيها العرض فلم يجز تفويته ، فأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فإن زوج بدون ذلك سمح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لأنه قيمة يضعها وليس للولي نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

(فصل) وتام المهر على الزوج لأن التسمية هنا فاسدة لكونها غير ماذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمحرم وعلى الولي ضمانه لأنه المقرط فكان عليه الضمان كما لو باع ماله بدون ثمن مثله .

قال أحمد : أخاف أن يكون ضمنا وليس الأب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

مسألة ، قال (ومن زوج غلاما غير بالغ أو معتوها لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة .

أحدها : أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه . وقال القاضي في المجرد للحاكم تزويجه لأنه يلي ماله . وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى وفارق الأب ووصيه فإن لها تزويج الصغيرة وولاية الإجماع وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فإنه لا إذن له .

الفصل الثاني في المعتوه : وهو الزائل العقل بهجنون مطبق ليس لغير الاب
ووصيه تزويجه . وهذا قول مالك . وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه
إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن ويريدهن وهذا مذهب الشافعي . لأن ذلك
من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه . وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج
المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب ان في تزويجه
ذهاب عكته لأنه من أعظم مصالحه والله أعلم .

الفصل الثالث : أن للاب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً
وسواء كان المجنون مستداماً أو طارئاً . فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين
أهل العلم خلافاً في أن لا يه تزويجه كذلك ، قال ابن المنذر ومن هذا مذهبه الحسن
والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق والشافعي وأصحاب الرأي
لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعاً ورواه
الائتم بأسناده . فأما الغلام المعتوه فلا يه تزويجه . وقال الشافعي لا يجوز
لأنه يلزمه التزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره
من الأولياء .

ولأنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعقل . ولأنه إذا ملك تزويج العاقل
مع أن له مع احتياجه إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلا يجوز تزويج من لا يتوقع
فيه ذلك أولى . وفارق غير الاب فإنه لا يملك تزويج العاقل ، وأما البالغ المعتوه
فظاهر كلام أحمد والحرقي أن للاب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها ،
وقال القاضي . أنه يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء
ونحوه وهو مذهب الشافعي . لأن في تزويجه مع عدم حاجته اضراً به بالزامة
حقوقاً لا مصلحة له في التزام . وقال أبو بكر ليس للاب تزويجه بحال لأنه
رجل فلم يجر اجباره على النكاح كالعقل . وقال زفران طراً عليه الجنون بعد
البلوغ لم يجر تزويجه وإن كان مستداماً جاز .

ولأنه غير مكلف لجواز لا يه تزويجه كالصغير فإنه إذا جاز تزويج الصغير
مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فهنا أولى .
والأعلى النسبة بين الطاريء والمستدام أنه معنى ثبت الولاية فاستوى

طارته ومستدامه كالرق . ولأنه جنون ثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام . فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليّه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه لحاز التزويج له كفضله الشهوة والله أعلم .

(فصل) ومن يفوق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك يمكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه ثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عفه بمرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيها ذكرناه .

الفصل الرابع : أن وصى الأب في النكاح بمنزله على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصى على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لو وصى الأب في التزويج خاصة فإن كان وصيا في المال لم تكن له ولاية في التزويج لأنه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به إليه ووصى غير الأب لا ولاية له على صبي أو مجنون لأن الموصى لا يملك ذلك موصيه أولى .

(فصل)

وان تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لها النكاح ولا يجوز أن يأذن لها في قبوله لأنها ليسا من أهل التصرف ، وإن كان الغلام ابن عشر وهو يميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع إليه ، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه : وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه ، وإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .

(فصل) وذكر القاضى أنه لا يجوز أن يتزوج لها بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله . وهذا مذهب الشافعى . وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك لحاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز هنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترعى بتزويج مجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر

مثلاً فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة ، وذكر القاضي في المجرّد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلك لئلا يملكه فيها لا حاجة به إليه ، وذكر في الجامع أن له تزويج ابنة الصغير بأربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعية عيا يرد به في النكاح لأن فيه ضرراً به وتعباً لئلا يملكه فيها لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في صحة النكاح وجهان ، فإن قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين مضي توجيهها في تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلها الفسخ وليس له تزويجه بأمة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون .

١ فصل وإذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسراً لأنه عقد للابن فكان عليه بذله كتمن المبيع وهل يضمنه الأب ؟ فيه روايتان .
أحدهما : يضمنه نهر عليه فقال تزويج الأب لابنه الطفل جائز ويضمن الأب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان ، والآخرى : لا يضمنه لأنه عقد معاوضة تاب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كتمن مبيعه أو كالوكيل ، قال القاضي : هذا أصح وقال إنما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما المومر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق ، فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في البتة لأن الابن ملك بالطلاق عن غير أبيه فأشبهه بالروهبه الأب أجنبياً ثم وهبه الأجنبي للابن ، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول ، وإن ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق .

(فصل في المحجور عليه للنفه) والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال . أحدها أن لوليّه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح لأنه نصب لمصلحته ، وهذا من مصالحه لأنه يهون به دينه وعرضه ونفسه فإنه ربما تعرض بترك التزويج للإثم ٢٤-٦ المقتضى

بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله ، وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو الى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لأنه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم يجز تزويجه لأنه يلزمه بالنكاح حقوقاً من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله . واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه

فإن زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا : يصح لأنه عقد معاوضة فملك الولي في حق المولى عليه كالبيع ، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجز على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فإذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها وقات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم امكان الوصول الى ذلك من قولها ولم يتعذر ذلك هنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد .

الحال الثاني : أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ولذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفرض اليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقاً ، وقال بعض الشافعية يحتاج الى التعيين لئلا يتزوج شريفة بكه مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك .

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالإذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكرناه ولا يتزوج الا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله ولا يملكها ، وإن نقص عن مهر المثل جاز لأنه ربح من غير خسران .

الحال الثالث : اذا تزوج بغير اذن ، فقال أبو بكر : يصح النكاح أو ما ألبه أحمد ، قال القاضي : يعني اذا كان محتاجاً فان عدت الحاجة لم يجز لأنه اتلاف لماله في غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعية ان أمكنه استئذان وليه لم يصح الا بإذنه

لأنه مجبور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد . وإن طلب منه النكاح فإبي أن يزوجه فقيه وجهان .

ولنا أنه إذا احتاج إلى النكاح لحقه متعين فيه فصح استيفاءه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فأما أن تزوج من غير حاجة لم يصح فإن وطئ الزوجة فعليه مهر المثل لأنه ألتف بضعها بشبهة فلزمه عوض ما ألتف كما لو ألتف مالها .

(فصل) وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوصي الأب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لا نعلم في هذا خلافاً ، فأما الأب إذا تزوج ابنة الصغير أو المجنون فقد قال أحد في رجلين زوج أحدهما ابنة بآنة الآخر ومما صغيران ثم إن الأبوين كرها هل لهما أن يفسخا؟ فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رأي ، قال أبو بكر لم يبلغني عن أبي عبد الله في هذه المسألة إلا هذه الرواية فتخرج على قولين

أحدهما يملك ذلك ، وهو قول عطاء وقتادة لأنها ولاية يستفيد بها يملك البضع لجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن منهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار ، والقول الثاني : لا يملك ذلك ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ، ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كوصي الأب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير ، وهذه الأصول يطل دليل القول الأول .

(فصل) وإذا ادعت امرأة المجنون عتته لم تضرب له مدة لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ولا حكم لإقراره ، وإن أقر بالعتة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله وإن كانت بكرأ فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطئها فعادت عتتها فله استحلانها فإذا كان لا يعبر عن نفسه لم يستحلف ولا يثبت ما قاله فلم يفسخ عليه .

مسألة قال (وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأن منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها

فأشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارق العبد ولأنه ينتفع
بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها
بخلاف العبد .

(فصل) والمدة والملق عتقها بصفة وأم الولد كالامة القن في إجبارها على
النكاح . وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة .
والشافعي فيه قولان لأنه لا يملك التصرف في رقبته فكذلك لا يملك تزويجها
بغير إذنها كاخته .

ولنا أنها مملوكة يملك الاستمتاع بها وإجارتها فملك تزويجها كالقن ولأنها
إحدى منفعتها فملك أحد عوضها كسائر منافعها . وما ذكرناه يطل بإبنته الصغيرة
لا يملك رقبته ويملك تزويجها . وإذا ملك أخيه من الرضاع أو بحوسبة فله تزويجها
وإن كانتا محرمتين عليه لأن منافعهما ملكة وإنما حرمتا عليه لعارص ، فأما التي
بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها لأنه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكاتبه
لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تلزمه نفقتها
ولا يصل إليه مهرها فهي كالعبد .

فصل

فإن طلبت الامة من سيدها تزويجها فإن كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لأن
عليه ضرراً في تزويجها ووطؤها لها يدفع حاجتها فإن كان لا يطؤها لكونها محرمة
عليه كالمحوسبة وأخته من الرضاع أو محلة له لكن لا يرغب في وطئها أجبر على
تزويجها أو وطئها إن كانت محلة له وإزالة ملكة عنها لأنه وليها فأجبر على تزويجها
كالحرمة . ولأن حاجتها قد تشد إلى ذلك فأجبر على دفعها كالإطعام والكسوة
وإذا امتنع أجبره الحاكم . وإن طلبت منه من نصفها حر أو المكاتبه أو أم الولد
التزويج أجبر عليه لأنه وليهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر .

(فصل) وإذا اشترى عبده المأذون أمة وركب ديون ملك سيده تزويجها
وبيعها واعتاقها ، نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال للسيد وطؤها ، وقال
الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الإضرار بالقرماء . وأصل الخلاف بين
علماء المأذون له في التجارة فعندنا يلزم السيد فلا يلحق القرماء ضرر بتصرف

السيد في الأمة فإن الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيا يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ولم يملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا إبلاته ، وإن زوجها من معيب فهل يصح ؟ على وجهين ، فإن قلنا يصح فلها الفسخ ، وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي مكذا في هذا الفصل كله

، مسألة ، قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز إلا أن يكون صغيراً)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح ، وبهذا قال الشافعي وأحمد قولي ، وقال مالك وأبو حنيفة . له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) ولأنه يملك رقبته فملك إجباره على النكاح كالأمة ولأنه يملك إجارتها ، فأشبهه الأمة .

ولنا أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولأن النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر ، والأمر بإنكاحه محصور بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى وإنما يزوجن عند الطلب ومقتضى الأمر الوجوب وإنما يجب تزويجه عند طلبه ، وأما الأمة فأنه يملك منافع بعضها والاستمتاع بها بخلاف العبد ، وفارق النكاح الإجارة لأنها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها .

الفصل الثاني في العبد الصغير الذي لم يبلغ فليسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم إلا أن بعض الشافعية قال فيه قولان ، وقال أبو الخطاب يحتمل ألا يملك تزويجه .

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبد مع ملكه له ونمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون .

(فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمنهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعهده وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه ، نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فإنه قال نفقته من ضريته وقال إن كان بقيمة ضريته أنفق عليها ولا يعطى المولى ، وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما . وهذا قول الشافعى

وقائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه ، وإن لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من الكسب .

ولنا أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كالأورثين ، فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد ، نص عليه لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كآرث جنابته ، فأما النفقة فإنها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا أعتق .

فصل

ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بأذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكاف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقا ومقيدا ، فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالأذن فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل وإن أذن له مطلقا فله أن يتزوج من شاء لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج إليها وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله ليلا للاستمتاع وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثاها ولا يلزمه إرساله نهارا لأنه يحتاج إلى استخدامه وليس النهار محلا للاستمتاع ولسيده المسافرة به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأته كذا هنا .

(فصل) وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه لزوم المسمى وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم

السيد الزيادة ، وهل تتعلق برقة العبد أو بذمة يتبع بها بعد العتق ؟ على ووابتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه . وقد ذكر في باب المضرة

(فصل) وان تزوج أمة ثم اشتراها ياذن سيده لسيدته لم يؤثر ذلك في نكاحه وان اشتراها لنفسه وقلنا ان العبد لا يملك بالتملك فكذلك ، وان قلنا يملك بالتملك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر امرأته وله وطؤها يملك التمين اذا اذن له السيد فان كان نصفه حراً فاشترأها في ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لانه ملكها وحلت له بملك يمينه وان ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لانه لا يملك جميعها وان اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير اذنه وقلنا لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وان قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح للملكة بعضها .

فصل

وان اشترت الحرة زوجها أو ملكته بية أو غيرها انفسخ النكاح لان ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لملكه ولان المرأة تقول أنفق على لاني امرأتك وأنا أسافر بك لاني عبدى ، ويقول هو أنفق على لاني عبدك وأنا أسافر بك لاني امرأتى فيتنافى ذلك فيثبت أقواها وهو ملك التمين وينفسخ النكاح لانه أضعف ولها على سيده المهر ان كان بعد الدخول وله عليها الثمن فان كان دينين من جنس تقاصا ونساقطا وان كانا متساويين وان تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل ، وان اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه الى صاحبه . وقال الشافعى في أحد قولي : يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يحز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو اتلف لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في اسقاطه .

وذكر القاضى فيه وجها أنه يسقط لان ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذى على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ؛ ولانه ثبت في الادميتين جميعا احداها تبعاً للآخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال

فأما ان كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان .

أحدهما لا يسقط . لان زوال المالك انما هو بفعل البائع فالفسخ اذاً من جهة فلم يسقط جميع المهر كالحلح .

والثاني : يسقط . لان الفسخ انما تم بشراء المرأة . فأنشبه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لا عساره وشراء الرجل لامراته .

(فصل) فان ابتاعته بصداقها صح . نصر عليه أحمد وذكره أبو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه ، ويحتمل أن لا يصح البيع ، وهو قول أصحاب الشافعي ، لان ثبوته يقتضي نفيه ، فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض . ولنا أنه يجوز أن يكون ثمننا لغير هذا العبد ، لجاز أن يكون ثمننا له كغيره من الديون ، وما سقط منه يرجع عليه به .

، مسألة ، قال (فإذا زوج الوليان فالتكاح للأول منهما)

وجملة ذلك أنه ان كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد ، فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالتكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وهذا قول الحسن والزهري وقادة وابن سيرين والأوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثاني فإن دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني ، ولان الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، أيما امرأة تزوجها وليان فهي للأول ، أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة .

وروى نحو ذلك عن علي وشريح ، ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا ، كما لو علم أن لها زوجا ، ولانه نكاح باطل لو عرى عن الدخول

فكان باطلا وان دخل كنكاح المعتسدة والمرتد وكما لو علم ، فاما حديث عمر
رضي الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث وقد حالفه قول علي رضي الله عنه وجاء
على خلاف حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، وما ذكره من القبض لا معنى له ،
فان النكاح يصح بغير قبض ، على انه لا أصل له بفاس عليه ، ثم يبطل سائر
الأنكحة الفاسدة

(فصل . اذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة وبنينهم والأعمام وبنينهم
فالأولى تقديم أكرم وأفضلهم ، لان النبي صلى الله عليه وسلم لما تقدم إليه
عجبة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل ، فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم
فقال النبي صلى الله عليه وسلم ، كبر كبر ، أى قدم الأكبر قدم الأكبر ، فتكلم
حويصة ، وإن تشاحوا ولم يقدموا الأكبر أفرع بينهم ، لأن حقهم استوى في
القرابة ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد السفر أفرع بين نسائه لتساوى
حقوقهن ، كذا هنا ، فان بدر واحد منهم فزوج كفواً باذن المرأة صح ، وان كان
هو الأصغر المفضل الذي وقعت القرعة لغيره . لانه تزويج صدر من ولى كاملاً
الولاية باذن مولته ، فصح كما لو انفرد وإنما القرعة لازالة المشاحة

، مسألة ، قال ، فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما
وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصحبها زوجها حتى تحبض ثلاث حبض بعد آخر
وقت وطئها الثاني)

أما اذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فانها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني
لان عقده عقد فاسد لا يوجب شيئاً ، وان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء
شبهة يجب لها به المهر وتزد الى الاول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها
بثلاث حبض إن كانت من ذوات الاقراء ولم تحمل ، نص عليه أحمد ، وهو قول
قنادة والشافعي وابن المنذر

وقال أحمد رحمه الله : لها صداق بالميسر وصداق من هذا ، ولا يرد الصداق
الذى يؤخذ من الداخل بها على الذى دفعت إليه ، وذلك لان الصداق في مقابلة
الاستمتاع بها فكان لها دون زوجها ، كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ، ولا يحتاج

هذا النكاح الثاني إلى فسخ لأنه باطل ، ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لأنه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى ، قال القاضي : هو قياس المذهب والأول أصح لما قلناه والله أعلم

، مسألة ، قال (فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان)

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه ، أو يعلم بعينه ثم يشك ، فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً . نصر عليه أحد في رواية الجماعة ، ثم تزوج من شامت منهما أو من غيرهما وهذا قول أبي حنيفة ومالك . وعن أحد رواية أخرى أنه يفرع بينهما فمن تقع له الفرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه ، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئاً وإن كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه وصارت زوجة هذا بعقده الثاني ، لأن الفرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساوي كالسفر بإحدى نسائه والبدانة بالميت عند إحداهن وتعيين الأنصاء في القسمة .

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلاقاً فإن أياً فرق بينهما : وهذا قريب من قولنا الأول لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق

وقال الشافعي وابن المنذر : النكاح مفسوخ لأنه تعذر إمضاؤه . وهذا لا يصح فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله ، كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فإن العقد لا يزول إلا بفسخه ، كذا هنا . وقد روى عن شريح وعمر بن العزيز وحماد بن أبي سليمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها ، وهذا غير صحيح فإن أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما ، كما لو لم يعقد إلا أحدهما ، كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها ، إلا أن يريدوا بقولهم أنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعاً وبفسخ أحد

النكاحين عن مسخهما ، فان أبت أن تختار لم تجبر ، وكذلك ينبغي أنه إذا أقرع بينهما فوفاقت الفرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فيتعين إذا فسخ النكاحين ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرها في الحال إن كان قبل الدخول ، وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضى عدتها من وطئه .

(فصل)

فإن ادعى كل واحد منهما أنني السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قوليهما ، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد : وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم في ذلك هو الزوج الأخير فلم يقبل إقرارها في إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق ، وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك . وقال أصحاب الشافعي : تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول ، فإن فرق بينها وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع الفرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينفي أن يقبل إقرارها لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعا معاً لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لهما على واحد منهما ولا ميراث لهما منهما ولا يرثها واحد منهما كذلك ، وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروى عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالها . وقال أبو بكر : لا مهر لهما لأنهما مجبران على الطلاق فلم يلزمهما مهر ، كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعصره أو عتته . وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى بصطلحا عليه ، ويحتمل أن يقرع بينهما فن خرجت له الفرعة حلف أنه المستحق وورث ، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لهما من الآخر وهي تدعى ربع ميراث من أقرت له ، فإن كان قد ادعى ذلك أيضا دفع إليها ربع ميراثه ،

وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم فإن نكلوا قضى عليهم ، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منها ويبرأ ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه ، وقد روى حنبل عن أحمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أينهن زوج يقرع بينهما فأبتهن أصابتهن القرعة فهو زوجته ، وإن مات الزوج فهي التي ترثه والله أعلم .

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لإقراره لها به وإقرارها ببراءة صاحبه ، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك ؛ وإن ماتت هي قبلها احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل إقرارها له كما لم تقبله في نفسها ، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة كل واحد منهما الإنكار لاستحقاقها لأن موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها ، وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة ، وإن كان أحدهما قد أصابها فإن كان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لأنه مقر لها به وهي لا تدعى سواه . وإن كانت مقرة للآخر فهي تدعى مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى أو اصطلاحاً فلا كلام ، وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم .

(فصل)

وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا ، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان ، والصحيح أنه مقبول لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل إقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل إنكاره لأن الحق على غيره وقد أقر به ، وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينها فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهما لأن الشهادة إنما يحتاج إليها مع الإنكار ، ويحتمل أن لا يقبل إقرارها مع إنكار أيها لأن تزويجها إليه دونها فإن ادعى نكاحها

فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها . وان مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته لكمال الاقرار
منها بتصدقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه . وان
ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا .

• مسألة ، قال (واذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل)

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده . فإن نكح
لم ينعقد نكاحه في قوله جميعاً ، وقال ابن المنذر . أجمعوا على أن نكاحه باطل
والصواب ما قلنا ان شاء الله . فإنهم اختلفوا في صحته ، فمن أحد في ذلك روايتان .
أظهرهما : أنه باطل ، وهو قول عثمان وابن عمر . وبه قال شريح ، وهو مذهب
الشافعي . وعن أحمد : أنه موقوف على اجازة السيد ، فإن أجازة جاز ،
وان رده بطل ، وهو قول أصحاب الرأي ، لانه عقد يقف على الفسخ فوقف
على الاجازة كالوصية .

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أيما عبد تزوج
بغير إذن مواليه فهو عاهر ، رواه الاثرم وابن ماجه ، وروى الحلال بإسناده عن
موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
، أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان ، قال حنبل : ذكرت هذا الحديث
لابن عبد الله قال : هذا حديث منكر ، ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من
قوله . ولانه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود .

• مسألة ، قال : فان دخل بها فعلى سيده خمسا المهر كما قال عثمان رضي الله عنه
الا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسره (

في هذه المسألة خمسة فصول . الاول : في وجوب المهر وله حالان .
أحدهما : أن لا يدخل بها فلا مهر لها لانه عقد باطل فلا توجب بمجرده شيئاً
كالبيع الباطل ، وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئاً .
الحال الثاني . أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب ، رواه عنه جماعة
وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها اذا تزوج العبد بغير إذن سيده ، وهذا يمكن حمله

على ما قبل الدخول فيكون موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومته في عدم الصداق وهو قول ابن عمر رواه الاثرم عن نافع قال : كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير اذنه جلده الحد وقال للمرأة : انك أبحت فرجك ، وأبطل صداقها ووجهه أنه وطئ امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا ، قال الناضي : هذا اذا كانا عالمين بالتحريم . فاما ان جهلت المرأة ذلك فلها المهر ، لانه لا ينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تنفع به بعد العتق ، هو قول الشافعي الجديد ، لان هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين ، والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام ، ائما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وائها فنكاحها باطل ، فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها ، وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه ، ولانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر الانكحة الفاسدة .

الفصل الثاني : أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الابغدية السيد ، وقد ذكرنا احتمالاً آخر ، أنه يتعلق بذمة العبد . والاول أظهر ، الا أن الوطء أجرى مجرى الجنابة الموجبة للضمان بغير اذن المولى ، ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لانه برضى المستحق والله أعلم .

الفصل الثالث : أن الواجب من المهر خمسا : وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه وعمل به أبو موسى . وعن أحمد أنها ان علت أنه عبد فلها خمسا المهر واذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد . وعنه أن الواجب مهر المثل : وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فاوجب مهر المثل بكاله كالوطء في النكاح بلا ولي ، وفي سائر الانكحة الفاسدة ، ووجه الاول ما روى الامام أحمد باسناده عن حلاس أن غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير اذن أبي موسى ، فكتب في ذلك الى عثمان . فكتب اليه عثمان أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها ، وكان صداقها خمسة أبرة . ولان المهر أحد موجبي الوطء لحاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العرضين في النكاح . فينقص العبد كعدد المنكوحات :

الفصل الرابع . أنه يجب خمسا المسمى ، لأنه صار فيه الى قصة عثمان رضى الله عنه . وظاهرها أنه أوجب خمسى المسمى ، ولهذا قال : وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المطلقات ولاوجب القيمة وهى الأثمان دون الأبعرة ، ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل ، لأنه عرض عن جناية فكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل .

الفصل الخامس : أن الواجب ان كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لان الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه . وان كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لأنه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة فى تسليم العبد وفدائه الى السيد ، وهذا قد ذكرناه فى غير هذا الموضع بابين من هذا .

(فصل)

إذا أذن السيد لعبده فى تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين : أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا ، وان أذن له فى تزويج صحيح فنكح نكاحاً قاسداً فكذلك لأنه غير مأذون له فيه . وان أذن له فى النكاح وأطلق فنكح نكاحاً قاسداً . احتمال أن يكون كذلك . لان الاذن فى النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله اذنه . لان اللفظ بإطلاقه يتناوله ، وان أذن له فى نكاح فاسد وحصلت الإصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لأنه يأذنه والله أعلم .

مسألة ، قال (وإذا تزوج الامة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه أن يهديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينها ان لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الامة ، وان كان ممن يجوز له أن ينكح فرضى بالمقام لما ولدت بعد الرضا فهو رقيق)

فى هذه المسألة ستة فصول ، أحدها : أن النكاح لا يفسد بالفرور ، وهو

قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قولي . يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فاشبه ما لو قال بعثك هذا الفرس فإذا هو حمار .

ولنا أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عديمها في صحته كما لو قال . زوجتك هذه البيضاء فإذا هي سوداء . أو هذه الحسناء فإذا هي شوهاء ، وكذا يقول في الأصل الذي ذكره أن العقد الذي ذكره صحيح . لان المعقود عليه العين المشار اليها ، وإن سلبناه فالفرق بينهما من وجهين .

أحدهما : أن ثم فانت الذات فإن ذات الفرس غير ذات الحمار ، وهما مختلفا في الصفات ، والثاني . أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه .

الفصل الثاني : أن أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حرينها فكان أولاده أحرارا لا اعتقاده ما يقضى حرينها كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها فيأنت مضمومة بعد أن أولدها .

الفصل الثالث : أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي : وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداؤهم ، لان الولد يعتق حر الأصل فلم يضمه لسيد الأمة لانه لم يملكه وعنه أنه يقال له : أفد أولادك والافهم يتبعون أمهم : فظاهر هذا أنه خيرهم بين فدائهم وبين تركهم رقيقا : لانهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو بعلم رقيقها ، وقال الخليل : اتفق عن أبي عبد الله أنه يفدى ولده ، وقال اسحاق عنه في موضع : أن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قولاً أول لأبي عبد الله . والصحيح أن عليه فداءهم لقضاء الصحابة به . ولانه نماء الأمة المملوكة فسيب له أن يكون مملوكا لما لكها وقد فوت رقه باعتقاده الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقيم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل .

الأولى : في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي ، وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم يوم الخصومة لانه إنما يضمهم بالمنع ولم يمنهم إلا حال الخصومة .

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمه ، لأنه فات رقه من حيثذ ، ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة فلم يضمها كما بعد الخصومة ؛ فإن قيل فقد كان محكوما بحريته وهو حين قلنا إلا أنه لم يكن تضمينه حيثذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع .

المسألة الثانية في صفة الفداء . وفيها ثلاث روايات ، إحداهن : بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق شقفا من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه .

والثانية : يضمهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والأنثى بآثى لما روى سعيد بن المسيب قال : أبقت جارية لرجل من العرب واتمت الى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه ف قضى للعذري بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولأن ولد المخرور حر فلا يضم بقيمته كسائر الأحرار ، فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريباً لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال ؛ ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر .

الثالثة : هو بخير بين فدائهم بمثلهم أو بقيمتهم : قال أحمد في رواية الميموني أما القيمة أو رأس برأس لأنهما جميعا يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الإسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر ، وقال في المقنع الفدية غرة بغرة بقدرة القيمة أو القيمة وأياها أعطى أجزاءه ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذي يضم بغرة وبين إلحاقه بغيره من المضمونات فافتضى التخيير بينهما ، والصحيح أنه يضم بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات ، وقول عمر قد اختلف عنه فيه ، قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس .

المسألة الثالثة فيمن يضمن منهم : وهو من ولد حيا لوقت يعيش مثله سواء عاش أو مات بعد ذلك ، وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبنى على وقت الضمان وقد ذكرناه ، فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش في مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لأنه لا قيمة له .

الفصل الرابع في المهر : ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإمام أو لا فإن كان ممن يجوز له نكاح الإمام وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لأن الفسخ تعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإمام فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فإن دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى ، وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإمام لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح .

الفصل الخامس : أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الأولاد ، وهذا اختاره الحنفى ، ورواية عن أحمد قال ابن المنذر : كذلك قضى عمر وعمر بن عباس ، وبه قال الشافعى في القديم .

والرواية الأخرى : لا يرجع بالمهر ، وهو اختيار أبي بكر ، قال ، وهو قول على ، وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعى في الجديد ، لأنه وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء فلم يرجع به ، كما لو اشترى منصوبا فأكله ، بخلاف قيمة الولد فإنها لم تحصل في مقابلة عوض ، لأنها وجبت بحرمة الولد ، وحرمة الولد للولد لا لآبيه .

قال القاضى والمذهب أنه يرجع بالمهر لأن أحمد قال : كنت أذهب إلى حديث علي ثم كاتى بهته ، وكاتى أميل إلى حديث عمر يعنى في الرجوع ، ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد ، فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر ، قال وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها كما يرجع بالمهر ، ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا وقال : إذا ثبت هذا فإن كان الغرور من السيد فقال : هي حرة عتقت ، وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية ،

فلا شيء له لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ؛ وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال ، وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الحرقى أنه يتعلق بذمتها لأنه قال في الامة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها به إذا عتقت كذا هنا ويتبعها بجميعه .

وظاهر كلام أحد أن الغرور إذا كان من الامة لم يرجع على أحد فإنه قال إذا جاءت الامة فقالت انى حرة فقلت أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاهما قال فكأنك ولده على الأب لأنه لم يفره أحد ، وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره ، يروى هذا عن علي وإبراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي .

وإن قلنا يتعلق برقبتهما فالسيد مخير بين فداها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فإن إختار فداها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فإنه لا فائدة في أن نوجه عليه ثم نرده إليه ، وإن إختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ ، وهذا مذهب الشافعي ، والصحيح خلاف هذا قال لأن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا ، والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ، ولأن الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوممه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب إزالته الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضر به ، فعلى هذا إن كان الغرور من أمين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم .

الفصل السادس : أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الامة وهو ممن

يجد الطول أو لا يخشى العت فإنه يفرق بينهما لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا ، وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الحرقى فرضى بالمقام معها وهذا الظاهر من مذهب الشافعى : وقال أبو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لانه يملك الطلاق .

ولنا أنه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالأخر فإن الكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة .

فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضى بالمقام معها فله ذلك لأنه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لأن المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فعلقته منه ثم علمه قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها معتقدها حريتها .

فصل

والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالامة الفتن لأنها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من اعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق لأن بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطء فإن كانت مكاتبه فكذلك إلا أن مهرها لها لأنه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة .

قال أبو بكر : ويكون ذلك لها تستعين به في كتابتها ، فإن كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره .

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فإن قام بذلك بينة ثبت ، وإن انفردت أنها أمة فقال أحد في رواية أبي الحارث لا يستحقها بأقرارها وذلك لأن

اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقاً على غيرها فلم يقبل اقرارها بما على غيرها ، وقال في رواية حنبل لا شيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة ، فظاهر هذا أنه يقبل اقرارها لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة ، والاول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى .

(فصل)

إذا حملت المفرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة لأن هذا الجنين محكوم بحريته ويرثها ورثته من كانوا . وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه ثم يرثه وورثته أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لأن الواطى فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاء لوجب له ذلك .

(فصل) إذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح ، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كملت شروط النكاح وكان ذلك بإذن سيده ، وإن كانت المرأة حرة ، وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو إن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح وللرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فإن اختارت امضاءه فلا ولياؤها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة .

وإن كانت أمة فيذبح أن يكون لها الخيار أيضاً لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبت الأمة إذا غرت بعبد وكل موضع حكما بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وإن كان بعده فلها المسمى لأنه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق .

(فصل) فإن غرها بنسب فإن دونه وكان ذلك بخلاف الكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فإن اختارت الامضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها ، وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبهه ما لو شرطه فقيهاً فإن بخلافه وكذلك إن شرطت غير النسب فإن كان بما يعتبر في الكفاءة فهو

كالو تبين أنه غير مكافئ لها في النسب ، وإن لم يعتبر في الكفاة كالفقه والجمال
وأشبه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه، وذكر
فيما إذا بان نسبه دون ماذكر وجه في ثبوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاة والاولى
ما ذكرناه والله أعلم .

مسألة ، قال (وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار وبغديهم إذا عتق
ويرجع به على من غره)

وجله ذلك أن المغرور إذا كان عبداً فله أحرار ، وقال أبو حنيفة : يكون
رقيقاً لأن أبويه رقيق وليس ذلك بصحيح فإنه وطئها معتقداً حرينها فكان
ولده حراً كولد الحر فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوقف ولولا ذلك
لكان رقيقاً فإن علة رقي الولد رقي الأم خاصة ولا عبرة بحال الأب بدليل ولد الحر
من الأمة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لأنه فوت رقيم باعتقاده وفعله
ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان .

أحدهما : يتعلق برقبته بمنزلة جنابته . والثاني : بذمته يتبع به بعد العتق
بمنزلة عوض الخلع من الأمة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويخارق الاستدانة والجنابة
لأنه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جنابة منه وهما لم يحن في الاولاد جنابة
وانما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته
يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يفرمه فإنه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت
عليه . وأما الحرية فتعجل في الحال ، وإن قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في
الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار إذا علم كما ثبت للحر لمن يخل
له نكاح الاماء لأن عليه ضرراً في رقي ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تبت معه
ليلاً ونهاراً ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لأنه قد صفة لا ينقص بها
عزه ورتبته فأشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لأنها مساوية لنسبه بخلاف
تنزيل الحر .

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولاً واحداً . وقال بعضهم فيه قولان والاولى
ما ذكرناه . وإذا اختار الإقامة فالحر واجب لا يرجع به على أحد ، وإن اختار

الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده قائم واجب عليه وفي الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير اذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها فني قدر ما يجب عليه وجهان . أحدهما مهر المثل . والثاني : الحسنان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين .

(فصل) فان شرط أنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لانه نقص وضرر يتعدى الى الولد فاشبه مالهو شرطها حرة فبانت أمة .

(فصل)

فان شرطها بكرا فبانت ثيبا فنحن نأخذ كلام يحنبل أمرين . أحدهما : لا خيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بخلافه الشرط والثاني له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فثبت له الخيار كالمو شرط الحرية ، وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي .

وقال أبو ثور : القياس أن له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فالاجماع أولى من النظر ، قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالته ، ومن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي وروى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجد لها عذراء كانت الحيضة خرقت عذرتها فارسلت اليه عائشة ان الحيضة تذهب العذرة يقينا . وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل اذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعبش والحمل الثقيل والله أعلم .

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبدا تظنه حرا فلهم الخيار كالمو شرط ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا فلهما الخيار ، وقال الشافعي في الأمة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار ، وقال بعضهم فيها جميعا قولان .

ولنا : أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر في رقبته ولده ويمنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كالمو كانت كافرة .

(فصل) وإن شرطها أمة فبانت حرة ، أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينية فبانت خيراً من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له في ذلك لأنه زيادة . وقال أبو بكر : له الخيار إذا بانت مسلمة ، لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات والأول أولى

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه ، وإن فسخ بعده وكان التفرير ممن له المهر فلا شيء عليه أيضاً ، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار ، فإن كان التفرير من أوليائها رجع عليهم وإن علم بعضهم احتمال أن يرجع عليه وحده لأنه الغار : واحتمل أن يرجع على جميعهم لأن حقوق الأدميين في العمد والسبى سواء

مسألة ، قال (وإذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح ، وإذا قال : أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدم القول العتق أو تأخر إذا لم يكن بينهما فصل ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها)
في هذه المسئلة خمس فصول

الأول أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح ، نص عليه أحمد في رواية جماعة . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك ، وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلية بن عبد الرحمن والحسن والزهرى وإسحاق . وقال الأوزاعي : يلزمها أن تزوجه ، وروى المروذي عن أحمد : إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً يزوجه ، وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح ، وقال أبو الخطاب هي الصحيحة ، واختارها القاضي وابن عتيل ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانه ، كما لو قال أعتقتك وسكت ، ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها ، كما لو فصل بينهما : ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيع الوطء بالمسمى ، فإنه لو قال بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح .

ولنا ما روى أنس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، متفق عليه ، وفي لفظ : أعتقها وتزوجها ، فقلت يا أبا حمزة ما اصدقها ؟ قال نفسها عتقها . وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت : أعتقني رسول الله (ص) وجعل عتقي صداقي ، وإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : إذا أعتق الرجل أم ولده لجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ، ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح ، لأن الصداق لا يتقدم النكاح . ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجوز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ، ولأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره . ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالامام ، وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير ، فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقا ، فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ، وكما لو قال المحاطب للولي أزوجت ؟ فقال نعم ، وقال للزوج أقلت ؟ قال نعم عند أصحابنا ، وكما لو أنى بالكنابات عند أبي حنيفة ومن وافقه .

الفصل الثاني : أن النكاح ينعقد بقوله : أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك ، وبذلك غالبا عن قوله : وتزوجتك ، وهذا لفظ الحرق وهو الذي جاء في حديث أنس ، وبقوله جعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك ، وهذا معنى قول الحرق سواء تقدم العتق أو تأخر ، ونصر أحد على هذا في رواية صالح : إذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك ، كل ذلك جائز .

الفصل الثالث : أن لا يكون بينهما فصل ، ولو قال أعتقتك وسكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ، أو تكلم بكلام أجنبي ثم قال : جعلت عتقك صداقك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد .

الفصل الرابع : أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص عليه أحد في رواية الجماعة ، وذلك لقوله : لا نكاح إلا بولي وشاهدين ،

الفصل الخامس : أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها ، وقد فرض لها نفسها

ولا سبيل الى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها ، وبهذا قال
الحسن والحكم . وقال الاوزاعي : يرجع بربع قيمتها
ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع في النصف كسائر الطلاق وتعتبر
القيمة حالة الإعتاق لأنها حالة الإتلاف ، فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل
تسمى فيها أو تكون دينا تنظر به إلى حال القدرة ؟ على روايتين ، وإن قلنا إن
النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها ، لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له
فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد ، وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت
قبل الدخول أو فعلت ما ينسخ به نكاحها ، مثل أن أرضفت زوجة له صغيرة
ونحو ذلك انسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها

(فصل)

وإن قال لا منه أعتقتك على أن تزوجني نفسك ويكون عتقك صدأقك أو لم
يقبل ويكون عتقك صدأقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لأنه سلف
في نكاح فلم يلزمها ، كما لو أسلف حرة الفأ على أن يتزوجها ، ولأنها أسقطت حقها
من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفيعه قبل البيع ويلزمها
قيمة نفسها ، أو ما إليه أحد في رواية عبد الله ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه أزال
ملكها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمتها ، كالبيع الفاسد إذا
تلفت السلعة في يد المشتري ، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ، ويحتمل أن
لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعهده : أعتقتك على أن تعطيني الفأ . وهذا قول
مالك وزفر ، لأن هذا ليس بلفظ شرط ، فأشبهه ، قال : أعتقتك وزوجيني
نفسك ، وتعتبر القيمة حالة العتق ويطالبها بها في الحال إن كانت قادرة عليها ،
وإن كانت معسرة فهل تنظر إلى المبصرة أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين أصابها
في المفلس هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد وأمه على أن يعتقها وتزوجه نفسها ، فتزوجها على
ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف . وقال أبو حنيفة
والشافعي : لا يكون العتق صدأقا ، لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها
وهما يملكان القيمة صح الصدأق

ولنا أن العتق صلح صدقا في حق النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز في حق أمته كالدرهم ، ولأنه يصلح عوضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك حل ألف جاز فلأن يكون عوضاً في النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العوض وحل هذا لو زوجها حل أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله .

إذا ثبت هذا : فإن العتق يصير صدقا كما لو دفع إليها مالا ثم زوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها ، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الأمة القن في جميع ما ذكرناه .

(فصل) فإن أعتقت امرأة عبدا بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء عليه لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن يملك داراً ، ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك .

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها ، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى ، قال الأثرم قلت لأبي عبد الله : روى شعبه عن قتادة عن أنس : أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها ؟ فقال نعم ، قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها .

ولنا ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران ، متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بإعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو تزوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل لله فإنه إنما يتزوجها بصدقتها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

(فصل) وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتاج إلى استبراء سواء كان يطؤها أو لم يكن لأن الاستبراء لصيانة الماء ولا يسان ذلك عنه ، فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يتزوجها حتى يستبرئها لأنه كان واجباً فلا يسقط بإعتاقه لها .

قال أحمد في الرجل تكون له الأمة لا يطؤها فيهتها : لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فإن كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لأنها في مائه ، قال القاضي : معنى قوله : إن كان يطؤها : أن يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها .

وقوله : إن كان لا يطؤها أي لا يحل له وطؤها وهي التي لم يصر عليها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها . وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ، ولا يلزمها استئناف الاستبراء لأن الاستبراء وجب بالشراء لا بالعق فيحسب ابتداءه من حين وجد سببه .

(فصل) وإن قال أعتق عبدك على أن أزوجه ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لأنه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد . وقال الشافعي في أحد قولي لا يلزمه شيء لأنه لا فائدة له في العتق

ولنا أنه أزال ملكه عن عبده بموضع شرطه فلزمه عوضه كما لو قال أعتق عبدك عني وعلى ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك وعلى ألف مطلقها أو قال التقي متاعك في البحر وعلى ثمنه وبهذه الأصول بطل قولهم أنه لا فائدة له في العتق

مسألة ، قال (وإذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان)

وقال الشافعي : لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لأن هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما .

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمراً في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) كان إقراراً منهم بوجود ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً . ولو قيل لرجل لي عليك ألف درهم قال نعم كان إقراراً صحيحاً لا يقتصر إلى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك .

(فصل) ولم قال زوجتك ابنتي فقال قبلت انعقد النكاح . وقال الشافعي في أحد قولي : لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لأنه كناية في النكاح يقتصر إلى النية والاضمار ، فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع ولنا أن القبول صريح في الجواب فانه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور وقولهم يقتصر إلى النية ممنوع فانه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور

(فصل) وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج . والجواب عنها إجماعا وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه : زوجناكها) وقوله سبحانه : ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا ، مثل أن يقول : زوجتك بنتي هذه ، فيقول : قبلت هذا النكاح أو هذا التزوج ، ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وربيعة والشافعي . وقال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد وداود : ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتملك ، وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان ، وقال مالك : ينعقد بذلك إذا ذكر المهر ، واحتجوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة فقال : قد ملكتكها بما معك من القرآن ، رواه البخاري . ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فانهقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج . ولأنه أمكن تصحيحه بجازه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصا لرسول الله صلى الله عليه وسلم . ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والاباحة والاحلال ، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح ، والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد : وبهذا فارق بقية العقود والطلاق ، وأما الخبر فقد روى زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة ، والقصة واحدة والظاهر أن الراوى روى بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد فلا تكون

حجة ، وإن كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لأن
النكاح انعقد بأحدهما والباقي فضلة .

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعريية لم يصح بنيرها ، وهذا أحد
قولي الشافعي ، وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد
بلفظ العريية .

ولنا أنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فلم يصح كلفظ الإحلال .
فأما من لا يحسن العريية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لأنه عاجز عما سواه سقط
عنه كالآخرس ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشمل على معنى اللفظ
العربي ، وليس على من لا يحسن العريية تعلم الفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب
عليه أن يتعلم لأن ما كانت العريية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير
ووجه الأول أن النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعريية كالبيع بخلاف
التكبير ، فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العريية دون الآخر أتى الذي يحسن
العريية بها والآخر يأتي بلسانه ، فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج
أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف
اللسانين جميعاً .

(فصل) فأما الآخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها لأنه معنى لا يستفاد
إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كبيعه وطلاقه ولعانه ، وإن لم تفهم إشارته لم
يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولأن النكاح عقد بين شخصين
ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد
معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ،
قال أحمد . لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغا لأن الحرس لا يوجب الحبر
فهو كالصمم .

(فصل) إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بلفظ
الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني
ابنتك فيقول زوجتكها ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيها جميعاً لأنه
قد وجد الإيجاب والقبول فيصح كما لو تقدم الإيجاب .

ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فتي وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام . ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح فإذا تقدم كان أولى كصفة الاستفهام ، ولأنه لو أتى بالصفة المشروعة متقدمة فقال قلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابتى لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى ، وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة ، ولأنه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلع لأنه يصح تعليقه على الشروط .

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو ناجته صح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثلاث هن من جد وجد من جد : الطلاق والنكاح والرجعة ، رواه الترمذي ، وعن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز ، قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح والعناق والنذر ، وقال علي أربع لا لعب فيهن : الطلاق والعناق والنكاح والنذر .

(فصل)

إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره لأن حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخبر في عقود المعاوضات ، فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب فإنه لا يوجد معناه فإن الأعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا ، وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه لأنه ممرض عن العقد أيضا بالاشتغال عن قبوله ، وقد نقل أبو طالب عن أحد في رجل مشى إليه قوم فقالوا له زوج فلانا ، قال : قد زوجته على ألف فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال له قلت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضي : هذا محمول على أنه وكل من قبل العقد في المجلس ، وقال أبو بكر مسألة أبي طالب تتوجه على قولين واختار أنه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

(فصل) فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد بالقبول بعده ما لم يضمه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود

الجائزة تبطل بالموت والجنون، وهذا مذهب الشافعي وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا .

(فصل) ولا يثبت في النكاح خيار ، وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ، ولا نعلم أحداً خالف في هذا وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه ، فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد تزويج وفكر ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا رؤية ، ولأن النكاح ليس بعاوضة مضمنة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة وبصح من غير تسمية العوض ومع فسادده ولأن ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتداء المرأة فإن في فسخه بعد العقد ضرراً للمرأة : ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق .

(فصل)

ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي صلى الله عليه وسلم : كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع ، وقال : كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كالكذب الجفماء ، رواها ابن المنذر ، ويجزى من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلي على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والمستحب أن يخطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قال : علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة . قال التشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات : اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنت مسلمون ، اتقوا الله الذي نسلون به والارحام إن الله كان عليكم رقيباً — اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم) الآية رواه أبو داود والترمذي : وقال حديث حسن .

قال الحلال حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس ، قال كان الإمام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود قام وتركهم ، وهذا كان من أبي عبد الله من المبالغة في استعجابها لا على الإيجاب ، فإن حرب بن إسماعيل قال قلت لأحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود

فوسع في ذلك ، وقد روى عن عمر أنه إذا كان دعى ابزوج قال لا تعصفوا علينا
الناس الحمد لله صلى الله على محمد إن فلانا يخطب إليكم فان أنكمتموه فالحمد لله ،
وان رددتموه فبحارن الله ، والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي أو الزوج
أو غيرها ، وقال الشافعي : المسنون خطبتان ، هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة
من الزوج قبل قبوله : والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة
واحدة وهو أولى ما اتبع .

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه إلا داود ، فانه
أوجبها لما ذكرناه .

ولنا أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم يا رسول الله زوجنيها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، زوجتكها بما معك من القرآن ، متفق عليه ولم يذكر خطبة
وخطب الى عمر مولاه فآزاد على أن قال أنكحناك على ما أمر الله على إصااك
بمعروف أو تسرع بإحسان .

وقال جعفر بن محمد عن أبيه ان كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو
بترق العرق رواها ابن المنذر ، وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بني سليم
قال خطبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانة بنت عبد المطلب فأنكحنى
من غير أن يتشهد ولا أنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع ، وما استدلوا به
بدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب .

ثم الجزء السادس وبه السابغ إن شاء الله

(فهرس الجزء السادس من الفقه)

- ٢ كتاب القطة - ترك الاضطرار ٤ تعريف القطة سنة
- ٥ التعريف : زمانه ومكانه ٦ البير والكبير ٨ الأخير التعريف
- ٩ بجى صاحبه وعدم بجبه ١٠ ان تقطعها اثنان
- ١١ نملك القطة ١٢ قطة الحل والحرم
- ١٤ من التقط طاروا على القطة - الركا، والمفاص والمعد والصفة
- ١٦ دفعها الى صاحبها ١٧ ان وصفا اثنان
- ١٨ مدعى القطة ١٨ ان استهلك القطة
- ٢٠ خروج العين من ملك المقتطع - ضياع القطة
- ٢٠ ان ردها الى موضعها ضمن ٢١ الدرة في السمكة للصيد
- ٢٢ غيرة على ساحل البحر - ثبوت اليد على الغزال
- ٢٣ من اخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها ٢٤ للرجون لا يعرف صاحبها
- ٢٥ القطة في دار الحرب - ان مات المقتطع
- ٢٦ جعل شيء لمن وجعها ٢٠ الجملعة والموضع
- ٢١ العبد الأبق : رده بجمل ٢٣ من ردها لمة الجمل
- ٢٤ ان وجد ما فيه او قتل ٢٤ ان وجدها عبد
- ٢٦ لملكها والقطة - الذي ومن ليس بأمين
- ٢٧ اذا وجد الشاة بمصر او بمهلكة ٢٨ تغيير القطة بين ثلاثة أمور
- ٤٠ من أسكل القطة - من القطة حالا بين طما
- ٤١ التعرض لبعير أو لما فيه قرة ٤٢ الصبوة للسوحة والبير
- ٤٣ أخذ الحيران الذي لا يجوز أخذه - أخذ الصالة الحفظ
- ٤٥ من ترك دابة أو متاعا غلامه إنسان لم يملكه
- ٤٧ كتاب القبط - موضع القبط ٥٠ من يفتن عليه ٥٣ ولاؤه
- ٥٤ ان لم يكن من وجد القبط أمينا ٥٥ اذا القطة من هو مستور الحال
- ٥٦ سفر الامين بالقبط - القاطع العبد لطفل النبوة
- ٥٧ القاطع الكافر المسلم - ان القطة اثنان

- ٥٨ ان راياه جميعا أو اختلفا . . . ٦٠ اذا ادعاه مسلم وكافر أرى القافة
- ٦٥ القافة : معناها . . . ٦٦ ان الحقته القافة بكافر — ان الحقته يائنين
- ٦٧ ان الحقته القافة بأكثر من اثنين ٦٨ اذا لم توجد قافة
- ٦٩ اذا ادعت امرأتان نسب ولد
- ٧٠ ان ادعى تسبه رجل وامرأة — لو ادعى اللقيط رجلان
- ٧٠ اذا وطئ رجلان امرأة . . . ٧١ ادعاه رق اللقيط
- ٧٤ التصرف فيه بيع أو شراء . الجنابة الموجهة للقصاص
- ٧٥ كتاب الوصايا . لمن تستحب الوصية ومتى تجب
- ٧٨ استيعاب الثلث بالوصية ٧٩ الوصية للأقارب
- ٧٩ الوصية للوارث اذا أجازها الورثة ٨٠ ان أسقط عن وارثه ديناً
- ٨١ ان وصى لكل وارث . اذا ملك المريض من يعتق عليه
- ٨٢ لمن ملك من ورثته من لا يعتق ٨٣ اذا وهب الإنسان أبوه
- ٨٤ اذا وصى لوارثه وأجنبي ٨٥ من وصى لغير وارث بأكثر من الثلث
- ٨٧ اعتبار الرد والاجازة : . . . ٨٨ من تصح الاجازة
- ٨٨ من أوصى له وهو في الظاهر وارث ثم صار غير وارث
- ٨٩ من أوصى لامرأة أجنبية . ان اعتق أمة لا يملك غيرها
- ٩١ لو ان امرأة مريضة اعتقت عبداً ، لو تزوج المريض امرأة لها باهات الصداق
- ٩١ بماذا أوصى بجارية لزوجها الحر
- ٩٣ ان مات الموصى له قبل موت الموصي . الوصية لمبت
- ٩٤ إنزرد للموصى له الوصية ٩٥ ان مات قبل ان يقبل أو يرد
- ٩٧ لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول
- ٩٩ (فيما يختلف من الفروع باختلاف المذاهب)
- ١٠٠ الوصية مطلقة ومقيدة . . . ١٠١ اذا أوصى له بسهم من ماله
- ١٠٢ ان أوصى بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء
- ١٠٣ اذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته
- ١٠٤ ان أوصى بنصيب وارث أو ضيق لثمة

- ١٠٦ ان اوصى بمثل نصيب من لا نصيب له
 ١٠٧ اذا خلف ثلاثة بنين او بنتا و اوصى بمثل الخ
 ١٠٨ اذا اوصى لرجل بجزء ولاخر بمثل وارث
 ١١٠ ان كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث
 ١١٢ ان اوصى لثالث ربع المال. ان خلف اما واختا و عما و اوصى وصايا مختلفة
 ١١٣ الفاظ في الاستثناء في الوصايا ١١٧ ان اوصى ولم يجز الورثة
 ١١٨ اذا جاوزت الوصايا المال ١٢٠ اذا اوصى لولد فلان فهو للجنسين
 ١٢١ ان اوصى لبنات فلان او لولد فلان او لبني فلان
 ١٢٢ ان اوصى لاختواته او لإخوته . الفاظ الجموع
 ١٢٣ ان اوصى للأرامل او العزاب ١٢٥ الوصية بالحمل وللحمل
 ١٢٧ ان اوصى بشجرة شجرة ١٢٨ ان اراد الموصى له اجارة العبد او الدار
 ١٢٩ ان اعتق الورثة العبد ونفقة العبد ١٣٠ الوصية بمنفعة الامة
 ١٣١ ان قتل العبد الموصى بنفعه ، واذا اوصى بحب زرع
 ١٣٢ تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه . ان اوصى بجارية لواحد ثم لآخر
 ١٣٣ ان اقر الوارث ان اباه وصى بالثلث
 . ان قال ما اوصيت به لفلان فهو او فنصفه لغيره
 ١٣٤ بم يحصل الرجوع ١٣٥ من وصى بحب ثم طحنه او بدقيق
 ١٣٥ اذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه . ان جحد الوصية
 ١٣٦ من كتب وصية ولم يشهد فيها
 ١٣٨ ما اعطى في مرضه الذي مات فيه فن الثلث
 ١٣٩ العطايا في مرض الموت ١٤١ حالات في اعتناق المريض
 ١٤٤ ان اشترى المريض اباه بالف لا مال له سواء
 ١٤٨ حالات مختلفة للمريض ١٤٩ ما يعتبر في المريض الذي هذه احكامه
 ١٥١ الحامل ١٥٣ الاسير والمحبوس ١٥٤ خروج العتية من الثلث
 ١٥٦ من اعتق عبدا او اكثر وليس له سواء فوات ١٥٧ المحاباة في المرض
 ١٥٨ المحاباة في التزويج ١٥٩ مخالعة الزوجة باكثر من مهرها

- ١٦٠ فصل في الهبة - هبة المريض ١٦١ هبة رجل رجلا جارية
- ١٦٢ مريض أعتق عبداً ١٦٤ وصية من جاوز العشر سنين
- ١٦٥ الطفل والمحجور عليه والآخر من
- ١٦٧ وصية العبد والمكاتب والذي . الوصية للحربي والكافر
- ١٦٨ الوصية بمصيبة ١٦٩ الوصية لأهل القرية ١٧٠ من أوصى بكل ماله
- ١٧٠ من خلف ذا فرض ١٧١ من أوصى لعبد ١٧٤ الوصية للقاتل
- ١٧٥ من قال أحد عبدي حر - من له غلامان اسمهما واحد
- ١٧٦ من أوصى أن يشتري عبد زيد ١٧٧ من أوصى بعبد لا يملك غيره
- ١٨٠ من أوصى لقربائه ١٨٣ من قال لأهل بيتي ١٨٤ من أوصى لأهله
- ١٨٥ . . . لمواليه ١٨٦ من أوصى لجيرانه أو لأهل دربه
- ١٨٦ . . . لأصناف الزكاة ١٨٧ من قال : اشتروا بطني رقاباً
- ١٨٩ من أوصى أن يبيع عنه ١٩٥ من أوصى بثلاث ماله لرجل فقتل
- ١٩٦ . . . لرجل ثم أوصى بعده لآخر - من أوصى لرجل بشيء دون شيء
- ١٩٧ . . . لرجلين معاً في شيء واحد
- ١٩٨ من نصح الوصية إليه ومن لا نصح ٢٠٠ إذا كان للوصي عاتق
- ٢٠١ العدل الذي يعجز عن النظر . إذا تغيرت حال الوصي
- ٢٠٢ قبول الوصية وردّها . الجمل للوصي
- الوصية لرجل والإذن له أن يوصي لغيره
- ٢٠٣ إن كانا وصيين فأت أحدهما ٢٠٤ الدخول في الوصية
- ٢٠٥ إن مات رجل لا وصي له ولا حاكم . إن أوصى بتفريق ماله
- ٢٠٦ إذا علم الوصي أن على الميت ديناً ٢٠٧ من أعتق عبد لا يملك غيرها
- ٢٠٨ من أوصى بعبد من عبده لرجل ولم يسم ٢١٠ من أوصى بثلاثة من نفسه
- ٢١١ . . . بجمل أو ثور أو كلب ٢١٢ من أوصى بقطب حرب
- ٢١٣ . . . بقوس ٢١٤ من أوصى بعود . من أوصى بشيء خلف
- ٢١٥ . . . بشيء فلم يأخذه ٢١٦ العطايا في المرض . من أوصى بمعين حاضر
- ٢١٧ إن كان الدين مثل العين ٢١٨ من خلف ابنين وترك عبداً وصيها

- ٢٢٠ ثمة الفين ٢٢١ من أوصى برعاية فيها عتاقة
- ٢٢٢ من أوصى بفرس وألف درهم في سبيل الله ٢٢٣ من أوصى للعم وللخال
- ٢٢٤ كتاب الفرائض ٢٢٥ إرث أخ واخت لأب وأم . الكلالة
- ٢٢٦ الأخوات مع البنات ٢٢٧ بنات الابن ٢٢٨ البنات وبنات الابن
- ٢٢٩ ابن ابن الابن ٢٣٠ ابنة واحدة وبنات ابن
- ٢٣١ بنات ابن الابن . الأخوات من الأب
- ٢٣٢ ما يصيبون الأخوات . إرث الأم ٢٣٥ الجد والأب مع الولد . الزوج
- ٢٣٦ ابن الأخ لأب والأولى في الميراث ٢٣٧ إذا كان زوج وأبوان
- ٢٣٨ زوج وأم وأخوة ٢٤٠ العصبية من ولد الأب
- ٢٤٠ زوج وأم وأخوة وأخوات ٢٤٣ إذا كانا ابن عم
- ٢٤٥ أخوان أو ثلاثة أخوة من أم ٢٤٦ باب أصول سهام الفرائض التي تعول
- ٢٤٦ ما فيه نصف وسدس أو نصف وثلاث أو نصف وثلثان
- ٢٤٨ ما فيه ربع وسدس أو ربع وثلاث أو ربع وثلثان
- ٢٤٩ ما فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان
- ٤٩ أصول في تصحيح المسائل ٢٥٠ الكسر على فريقين
- ٥١ الكسر على ثلاثة ٢٥٢ الموافقة والمناسبة والمباينة ٢٥٣ المناسبات
- ٥٤ تقسيم المسألة على قراريط الدينار ٢٥٥ قسمة التركات
- ٥٦ الرد على أهل الفرائض ٢٥٨ الاخت لأب وأم والاخت لأب والاخت لام
- ٥٩ وجود أحد الزوجين ٢٦٠ باب الجدات . الجدة إن لم تكن أم وإن كثرت
- ٦٢ أم الأم وأم الأب ٢٦٢ قرب بعضهم ٢٦٤ جدة ذات قرابتين مع أخرى
- ٦٥ الجدة ترث وابنها حي ٢٦٦ الجدات المتحاذيات
- ٦٧ باب من يرث من الرجال والنساء ٢٦٨ باب ميراث الجد
- ٧١ الأخوة والأخوات مع الجد ٢٧٢ لا ينقص الجد من سدس جميع المال
- ٧٢ أخ لأب وأم وأخ لأب وجد ٢٧٤ حالات مختلفة مع الجد
- ٧٦ مسألة الأكثرية ٢٨٧ أم وأخت وجد ٢٧٩ بنت وأخت وجد
- ٢٨٩ باب ذوى الأرحام ٢٨٣ كيف يورث ذوا الأرحام

- ٢٨٥ أفراد أحد منهم ٢٨٧ إذا كان وارث غير الزوج والزوجة
 ٨٩ توريث الذكور والإناث بالسوية
 ٩٣ ابن أخ وبنت أخت أخرى ٢٩٤ ثلاث بنات أخوات مفترقات
 ٩٥ ثلاث بنات ثلاثة إخوة مفترقين ٢٩٧ ثلاث بنات عمومة مفترقين
 ٩٨ ثلاث عمات وثلاث خالات مفترقات ٢٩٩ خالة وابنة عمه
 ٣٠٠ عمه وابنة أخ ٣٠١ عمات الأبوين وأخوالهما وخالاتهما
 ١٠٢ إذا كان لدى الرحم قرابتان ١٠٣ الحثي المشكل ١٠٨ ابن الملاعة
 ١١٣ ابن ابن الملاعة ١١٤ ميراث ولد الزنا
 ١١٥ العبد لا يورث ولا يرث
 ١١٦ إرث الأسير والمدبر وأم الولد والمكاتب
 ١١٧ من بعضه حر
 ١٢٥ إذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ
 ١٢٦ إقرار الورثة أو الميت بوارث
 ١٢٨ معرفة الفضل
 ٣٣٠ أحوال مختلفة في الإقرار
 ١٢٧ القاتل لا يرث المقتول . القتل المانع من الإرث
 ١٢٩ أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر
 ١٣٠ الميراث بين المسلم والكافر . توارث الكفار
 ١٣٢ توارث الملة الواحدة . إرث المرندي
 ١٣٤ من أسلم على ميراث قبل أن يضم
 ١٣٥ من كان رقيقاً حين قتل موروثه
 ١٣٦ قتل المرتد على ردة . الزنديق . ارتداد الزوجين
 ١٣٨ إذا لحق المرتد بدار الحرب . موت الذي . ميراث المحروس
 ١٣٩ القرابة يرثون جميعها إذا أمكن
 ١٤١ محروس تزوج ابنته ٣٥٣ وطء مسلم بعض محروسه

- ٢٥٢ فرق المتوارثين أو موتها تحت هدم ٢٥٧ من لم يرث لم يحجب
- ٢٥٨ ميراث الحمل ٣٦٠ شروط ميراث الحمل ٣٦٢ ان ولدت توأمين
- ٣٦٤ إذا ضرب بطن حامل فأسقطت . إرث دية المقتول ٣٦٥ ميراث المفقود
- ٣٦٩ ميراث الأسير . التزويج في المرض والصحة ٣٧٠ التوارث في النكاح الفاسد
- ٣٧٢ فصل في الطلاق ٣٧٤ الطلاق في المرض ٣٧٦ طلاق الأمة والذمية
- ٣٧٧ تعليق الطلاق . إذا استكره الابن امرأة أبيه
- ٣٧٨ ان قتلت المريضة ما يفسخ نكاحها ٣٧٩ إذا طلق المريض ثم نكح أخرى
- ٣٨٢ إذا قال لنسائه إحداكن طالق ٣٨٥ باب الاشتراك في الطهر
- ٣٨٦ إذا ألحق بإثنين فأت وترك أمه حرة
- ٣٩٠ كتاب الولاء . الولاء لمن أعتق ٣٩٢ إن أعتق حر بن حرياً
- ٣٩٣ لا يصح بيع الولاء ولا هبته ٣٩٤ انتقال الولاء والارث بالموت
- ٣٩٤ من أعتق سائبة ٣٩٥ من أعتق عبداً عن كفارته ٣٩٦ من ملك ذا رحم محرم
- ٣٩٧ من ملك ولده من الزنا ٣٩٧ ولأه المكاتب والمدير ٣٩٨ ولأه أم الولد
- ٣٩٨ من أعتق عبده عن رجل حر أو عن ميت
- ٣٩٩ من قال أعتق عبدك عنى وحرى ثمنه . لو قال أعتقه والثمن مل
- من أوصى ان يعتق عبده بعد موته ٤٠٠ من أعتق عبداً له اولاد
- ٤٠١ حكم المكاتب يتزوج في كتابته فيولد له . إذا انجر الولاء الى موالى الاب
- ٤٠١ شروط انجرار الولاء . ٤٠٢ إن لم يعتق الاب
- ٤٠٣ إن كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل
- ٤٠٤ تزوج معتق بمعتقة . تزوج عبد بمعتقة ٤٠٦ دور الولاء .
- ٤٠٧ باب ميراث الولاء . إرث النساء من الولاء
- ٤١٠ من لا يرث من اقارب المعتق ٤١١ الولاء لا قرب عصبة المعتق
- ٤١٣ اذا مات المعتق وخلف ٤١٥ إذا ملك رجل عن ابنين ومولى
- ٤١٨ ولا للعبد المعتق وعقده ٤١٩ إرث المولى
- ٤٢٠ ان مات رجل رجلاً . ولا القبط
- ٤٢١ كتاب الرديئة . الضمان على المودع ٤٢٢ إن خلطها بماله

- ٤٢٢ ان أراد السفر بها ٤٢٥ ان حضره الموت . ان كانت غلة مغلطها
 ٤٢٦ حفظها في منزل ٤٢٧ عدم تعيين موضع إحرازها
 ٤٢٨ إخراج الوديعة المثلث عن إخراجها
 ٤٣٠ اذا أودعه شيئا وطلب دفعه اليه فلم يفعل فطفت ٤٣١ اذا مات وعنده وديعة
 ٤٣٢ اذا طالبه بالوديعة وأنكر ٤٣٤ اذا أودع بهيمة ٤٣٦ ادعاء الوديعة لاثنتين
 ٤٣٧ من اخذ البعض من الوديعة ٤٣٨ اذا ضمن الوديعة بالاستعمال
 استعمال الوديعة - عن صحح الاستبداع
 ٤٣٩ فسخة النوى والغنية والعداقة ٤٤٠ النوى وتفسيره
 ٤٤١ خمس النوى والغنية : تقسيمه ٤٤٥ الصنى للنوى ومعناه
 ٤٤٦ خمس مقسوم في صليبة بنى هاشم
 ٤٤٩ الخمس الثالث للثامى والرابع للساكن والخامس لابن السبيل
 ٤٥٠ أربعة أخماس النوى ٥١ قسم النوى بين أهله ٥٤ أربعة أخماس الغنية لمن ؟
 ٥٥ الصدقة لمن ؟ الفقراء من م ٥٩ الداملون على الزكاة ٦١ المؤلفات قلوبهم
 ٦٤ فى الرقاب : الرقيق أم المكاتب ؟ ٦٦ ما رجع من الولاة ٦٧ الفارمين
 ٦٩ سهم فى سبيل الله وما هو ؟ ٧٠ الإعطاء فى الحج ٧١ ابن السبيل ومن هو ؟
 ٧٣ من يأخذ مع الغنى خمسة - ليس عليه ان يعطى لكل مؤلا
 ٧٦ الصدقة لبني هاشم محرمة . اذا تولى الرجل إخراج زكاته . جواز السلطان
 ٧٨ كتاب النكاح ٧٩ أقسام الناس فى النكاح ٨١ الولى والشاهدان
 ٨٢ حكم الحاكم بصفة العقد ٨٤ شهادة فاسقين - شهادة رجل وامرأتين
 ٨٥ شهادة الصبيان والعبيد - التوقيع الفاسد ٨٦ وجوب المهر
 ٨٧ الحد فى وطء النكاح الفاسد ٨٨ الانكحة الباطلة
 ٨٨ أحق الناس بنكاح المرأة ٩٣ الوكيل فى النكاح
 ٩٥ الوصية بالنكاح - اذا كان الاقربى طفلا او كافرا او عبدا
 ٩٢ شروط الولاية فى النكاح ، لا يشترط ان يكون بصيرا
 ٩٧ من لم يسمع له الولاية لم يصح توكيله ٩٨ توقيع آمنة المرأة

- ٤٩٩ تزويج مولاتها ٥٠٠ من أراد ان يتزوج امرأة هو وليها
- ٥٠٢ إذا تزوج أمته عبده الصغير ٥٠٢ تزويج كافر مسلمة او مسلم كافرة
- إذا زوجها من غيره أولى منه ٥٠٧ إذا كان وليها غائبا
- ٥٠٩ إذا زوجت من غير كفو ٥١١ الكفو واللعين والمنصب
- ٥١٢ الحرية والبسار ٥١٤ الصناعة . كفء من اسلم او عتق
- ٥١٥ كفء الموالى واهل البيع ٥١٦ إذا زوج الرجل ابنته البكر في كفاية
- ٥١٨ ليس هذا لغير الأب ٥١٩ لو استلذن البكر البالغة والداه
- ٥٢٠ إذا زوج ابنته الثيب ٥٢٤ المجنونة
- ٥٢٥ تزويج ابنته بدون صداق المثل ٥٢٦ من زوج علاما غير بالغ لو معنوها
- ٥٢٩ الابن والمحجور عليه ٥٣١ تزويج الأمة بغير أذن
- ٥٣٢ من زوج عبده وهو كاره ٥٣٤ المهر والنفقة للعبدة
- ٥٣٥ شراء الزوج او الزوجة بعد الزواج
- ٥٣٦ إذا زوج الوليان ٥٤١ إذا تزوج للعبدة بغير إذن سيده
- ٥٤١ ان دخل بها ٥٤٣ إذا أذن السيد لعبده
- إذا تزوج الأمة على أنها حرة ٥٤٨ المدبرة وأم الولد والمعتقة
- ٥٤٩ المقرور بها ٥٥٠ المقرور به
- ٥٥١ مخالفة الشروط به ٥٥٢ من جعل عتق أمته صداقا
- ٥٥٣ حالات فيمن يعتق ويتزوج ٥٥٦ انعقاد النكاح والفاضة
- ٥٥٨ القبول والایجاب ٥٦٠ الخيار في النكاح - الخطبة

(مطبوعات لطلب من مطبعة الامام

١٧ شارع فرقول المنشية بالقلمه - مصر)

لرش

- ٨٠ القصيدة النونية لابن القيم وشرحها للهرايس في جزأين
- ٦٠ الصواعق المرسلة على الجهمية والمعتلة لابن القيم
- ٢٥ الصارم المتكى في الرد على السبكي لابن عبد الهادي - في الكلام على شدد
- الرجال الى زيارة القبور وقبر الرسول والشفاعة - والكلام الدقيق في
- اسانيد الاحاديث الواردة في كل ذلك
- ١٠ صحة اصول مذهب أهل المدينة والمقارنة بين علماء المدينة وغيرها -
- لابن قيمية
- ١٥ الصلاة وما يلزم فيها للامام أحمد - والصلاة وحكم تلوكها لابن القيم
- في خلاف واحد
- ١٥ اجتماع الجيوش الاسلامية على غزو المعتلة والجهمية لابن القيم
- ١٥ مشكلات القرآن ومشكلات الاحاديث والجمع بين النصوص المتعارضة
- لجماعة من العلماء
- ١٥ نقطة اولى الاعتبار في ذكر النار وأصحاب النار لصديق حسن خان
- ١٦ الايمان وآثاره والشرك ومظاهره
- ١٧ دفاع عن الحديث وتقيد شبهات خصومه لجماعة من العلماء

